

WTO-rettens virkning i EU-retten

Kandidatnummer: 334

Veileder:

Ola Mestad

Leveringsfrist:

25. november 2005

Til sammen 17 836 ord

01.05.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Kilder og Metode	3
<u>2</u>	<u>TRAKTATERS VIRKNING I EF-RETTE. GATT 1947</u>	<u>5</u>
2.1	Hva ligger i direkte virkning?	5
2.2	Internasjonale avtalers direkte virkning	6
2.3	Fellesskapets kompetanse på den internasjonale arena	8
2.4	Hva kjennetegner verdens handelsorganisasjon (WTO)	9
2.5	GATT 1947 og manglende direkte virkning	9
2.6	Fra GATT 1947 til opprettelsen av WTO	11
<u>3</u>	<u>SPØRSMÅLET OM DIREKTE VIRKNING FOR WTO-AVTALEVERKET</u>	<u>14</u>
3.1	Innledning	14
3.2	Bakgrunn/Faktum i Portugal-saken	16
3.3	WTO-rettens virkning i Fellesskapet (Har WTO direkte virkning)	18
3.3.1	Fellesskapets deltakelse i WTO-avtalene	19
3.3.2	Regulerer WTO-avtalen selv spørsmålet om direkte virkning	19
3.3.3	Domstolens tolkning av EF-traktaten og spørsmålet om direkte virkning av WTO	22
<u>4</u>	<u>UNNTAKSTILFELLE MED DIREKTE VIRKNING</u>	<u>30</u>
4.1	Fediol	30
4.2	Nakajima	32

4.3	WTO konform tolkning	35
<u>5</u>	<u>HAR AVGJØRELSE FRA WTOS TVISTELØSNINGSORGAN DIREKTE VIRKNING</u>	<u>36</u>
5.1	Innledning	36
5.2	Biretdommen	39
5.2.1	Sakens bakgrunn og faktum	39
5.2.2	Virkningen av avgjørelser fattet av Tvisteløsningsorganet etter <i>Biret</i> i saker om erstatning	40
5.3	Van-Parys saken	45
5.3.1	Sakens bakgrunn og faktum	45
5.3.2	Hvilken virkning har avgjørelser fattet av Tvisteløsningsorganet etter Van Parys	47
5.3.3	Er unntaket i <i>Nakajima</i> oppfylt i <i>Van Parys</i>	56
5.4	Konklusjon	58
5.5	Erstatning på grunn av mottiltak i WTO-sammenheng	61
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>63</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>
<u>8</u>	<u>DOMSTOLSREGISTER- KRONOLOGISK REKKEFØLGE</u>	<u>66</u>
<u>9</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Hovedproblemstillingen i denne spesialavhandlingen er hvilken virkning avtalene til Verdens handelsorganisasjon (WTO-avtalene)¹ har innad i det europeiske fellesskapet (EU eller EF), når Fellesskapet er part til avtalene. Særlig sentralt er spørsmålet om WTO-avtaleverket har direkte virkning i EU. Det oppstår imidlertid også andre, mer indirekte, virkninger av WTO-medlemskapet som også behandles i avhandlingen. En viktig indirekte virkning er måten WTO-avtalene berører private bedrifter.

Fellesskapet opptrer til dels på vegne av medlemsstatene i internasjonale handelsavtaler, eksempelvis WTO-avtalene. Av denne grunn har det oppstått spørsmål om hvilken virkning det får for borgerne og medlemsstatene i EU at Fellesskapet inngår handelsavtaler. Kan EU-borgere og statene påberope seg avtalene direkte for nasjonale domstoler og EF-domstolen (Domstolen) uavhengig av nasjonal gjennomføring? Har EF-domstolen kompetanse til å anvende WTO-avtalene som grunnlag for sin prøvelse av fellesskapsbestemmelers lovlighet etter artikkel 230 i EF-traktaten (Traktaten)?

Det oppstår i denne forbindelse interessante problemstillinger om forholdene mellom fellesskapsinstitusjonene, medlemslandene i EU og borgerne i Unionen. Noen av de problemene dette reiser ligger på et forfatningsmessig nivå. Eksempelvis oppstår det spørsmål om maktfordelingen mellom Fellesskapets organer og da på den ene side hvilken handlingsfrihet lovgivende og utøvende² organ skal ha ved avgjørelser av viktige politiske spørsmål. På den annen side står EF-domstolens kompetanse til å overholde Traktaten og beskytte EU-borgere.

¹ Verdens handelsorganisasjon (World Trade Organization – WTO).

² Henholdsvis Rådet og Kommisjonen.

Bestemmelsene i WTO-avtalene retter seg både mot Fellesskapet og mot de private bedriftene. Hensynet til Fellesskapets handlingsfrihet kan støte an mot hensynet til de private bedriftene i Unionen. Det er en kjensgjerning at regningen for å føre en politikk i uoverensstemmelse med WTO først og fremst faller på de økonomiske operatørene. Spørsmålet som da oppstår er hvem det er som skal betale prisen en WTO-uoverensstemmelse koster. Formålet med avhandlingen er å drøfte og vurdere de momentene og hensyn som har vært utslagsgivende for Domstolens vurdering, samt avdekke den rettsregel som gjelder på området.

Det sentrale spørsmålet avhandlingen behandler er om det er anledning til å påberope seg WTO-bestemmelser i en sak overfor domstolene i medlemslandene i EU og EF-domstolen. Formålet med å påberope seg en slik bestemmelse er å få annullert fellesskapsbestemmelser, å få satt til side nasjonale regler, eller å anvende WTO-avtalen som grunnlag for et erstatningskrav mot Fellesskapet. Jeg vil altså forsøke å foreta en analyse av Domstolens praksis og de mulige rettslige implikasjonene WTO-avtaleverket medfører.

Foruten innledningen er avhandlingen delt inn i 5 kapitler. For å kunne forstå de rettslige vurderinger som foretas i avhandlingen er det i første omgang nødvendig å klargjøre en del forutsetninger som ligger til grunn for problemstillingen.

I kapittel 2 vil jeg først gi en kort forklaring av tre viktige forutsetninger. For det første vil jeg presentere hva som ligger i traktaters “direkte virkning” og da spesielt virkningen av Generalavtalen om toll og handel,³ (GATT 1947). For det andre vil jeg kort redegjøre for det Europeiske Fellesskaps kompetanse til å inngå traktater. For det tredje vil jeg gi kort beskrive WTO-avtaleverket.

Kapittel 3 i avhandlingen inneholder en analyse av den sentrale avgjørelsen fra EF-domstolen, Portugal mot Rådet (*Portugal*).⁴ I denne avgjørelsen tar Domstolen stilling til WTO-avtalenes virkning og særlig vil hensynet til Fellesskapets frihet være sentralt.

³ General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947).

⁴ C-149/96, Portugal mot Rådet, sml. 1999 s, 8395.

Et internasjonalt avtaleverk kan, blant annet på grunn av hvor omfattende det er og om den har et overnasjonalt preg, ha store konsekvenser innad i nasjonale rettssystemer, deriblant Fellesskapets. Som et eksempel kan EØS-avtalen, Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonens og den senere tids debatt om WTOs innvirkning i Norge nevnes.⁵ Jeg vil også berøre konsekvensene det har for maktfordelingen hos EF-institusjonene at Fellesskapet opptrer på den internasjonale arena.

Kapittel 4 omhandler de unntak som gjelder på området for GATT og WTO, og i hvilke tilfeller det er direkte virkning.

I kapittel 5 vil jeg redegjøre for hvilken betydning det har for spørsmålet om direkte virkning at WTOs tvisteløsningsorgan (heretter Tvisteløsningsorganet eller DSB) har avgjort at EU-bestemmelser er i strid med WTO-bestemmelser. I tillegg redegjøres kort for de sakene som er i vente for Domstolen i kjølvannet av at Tvisteløsningsorgan har autorisert mottiltak mot EU-tilhørende bedrifter på grunn av WTO-stridigheter. Private rettssubjekters rolle i WTO vil stå sentralt i denne delen. Private rettssubjekter har ikke adgang til WTOs organer, og spørsmålet er da om de kan påberope seg WTO-rett i sine interne rettssystemer. Fellesskapets WTO-medlemskap medfører konsekvenser for privates, særlig private firmaers, forutsigbarhet og sikkerhet der Fellesskapet bryter med WTO-retten, være seg bevisst eller ubevisst.⁶

I kapittel 6, avslutningen vil jeg foreta en oppsummering av viktige funn som er gjort i avhandlingen og forsøke å sette opp en regel på området.

1.2 Kilder og Metode

Hovedkilden for enhver rettslig analyse av EU-retten vil som utgangspunkt være EU-traktatene. Spørsmålet om hvilken virkning internasjonale avtaler har i EU-retten og i de enkelte medlemsland er imidlertid ikke regulert i EU-traktatene. Direkte virkning er

⁵ Eksemplet er kun ment som en generell illustrasjon, og avhandlingen tar ikke opp rettsspørsmål og virkninger av Norges internasjonale avtaler.

⁶ Jeg vil komme tilbake til det jeg mener er en bevisst opprettholdelse av WTO-stridige EF-bestemmelser i kapittel 5 avhandlingen.

utviklet og etablert gjennom EF-domstolens praksis, både for fellesskapsregler og de internasjonale avtalene. Avhandlingen baserer seg derfor først og fremst på Domstolens tolkning av internasjonale avtaler og EF-traktaten. Argumentasjon fra juridisk litteratur vil også bli trukket inn i avhandlingen, imidlertid er enkelte deler av avhandlingens tema kun i svært begrenset grad behandlet i litteraturen. Dette gjelder særlig for spørsmålene som knytter seg til virkningene av avgjørelsene fra Tvisteløsningsorganet i kapittel 5.

Avhandlingens metode er rettsdogmatisk. EF-domstolens egen rettskilde vil bli lagt til grunn i avhandlingen. Likevel vil jeg presisere at Domstolens rettskildebruk og tolkningsstil ikke er tema for denne avhandlingen. For en gjennomgang av dette temaet vises det til annen litteratur.⁷

⁷ Craig and De Búrca, EU Law, Third Edition, s. 86-102 og A. Rosas, inntatt i Forhandlingerne ved Det 37. nordiske Juristmøde, 2005, Bind I, s. 319-345.

2 Traktaters virkning i EF-retten. GATT 1947

I dette kapitlet vil jeg redegjøre for noen sentrale begreper og forutsetninger som det er nødvendig å ha kjennskap til for å forstå den rettslige analysen.

2.1 Hva ligger i direkte virkning?

Grovt fortalt har spørsmålet om “direkte virkning” sin opprinnelse i forholdet mellom medlemslandene i EU og EF, og spørsmålet om hvilken virkning fellesskapsreglenes skulle få i medlemsstatenes interne rett. Første gang Domstolen berørte temaet var i saken *Van Gend en Loos*.⁸ Saken gjaldt et ekspedisjonsfirma som påberopte seg en bestemmelse i EF-traktaten, da selskapet mente at visse nasjonale tollregler var i strid med EF-traktaten. Den nederlandske tolladministrasjon hevdet at individer ikke kunne påberope seg en avtale mellom stater. Dette var EF-domstolen uenig i og sa at der den nasjonale regel er i strid med en bestemmelse i EF-traktaten og denne tilfredsstillende visse vilkår, må den nasjonale bestemmelse settes til side.

Vilkårene som ble oppstilt i dommen var at den aktuelle bestemmelsen måtte være tilstrekkelig klar og presis, ubetinget, og at regelen ikke var avhengig av nasjonale gjennomføringstiltak.⁹ Avgjørelsen innebar at private rettssubjekter kunne påberope seg rettigheter utledet direkte fra traktatbestemmelser som grunnlag for å sette til side nasjonale bestemmelser i konflikt med de nevnte traktatbestemmelsene. Det at private har anledning til å påberope seg traktatbestemmelser gir traktatbestemmelsene *direkte virkning* innad i medlemsstatenes interne rett. I senere saker har Domstolen avgjort at fellesskapsrettens forordninger og avgjørelser og i noen tilfeller direktiver har direkte virkning. Først da spørsmålet om direktivers horisontale virkning, om private kan

⁸ Sak C-26/62, *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie*, sml. 1963 s. 105.

⁹ Disse kravene har senere blitt modifisert og i dag er vilkåret at bestemmelsen er anvendelig. Se Craig & De Búrca, jf. note 7 s. 186.

påberope seg bestemmelser mot andre private, kom opp for EF-domstolen ble utviklingen stoppet (av Domstolen). Det vil si at en borger ikke kan påberope seg et direktiv, som ikke er gjennomført nasjonalt, mot en annen borger. En annen måte å si det på er at borgerne ikke er pliktsubjekter i en slik situasjon.

Hensynene bak direkte virkning var en mer effektiv og ensartet praktisering av fellesskapsrettsaktene.

Direkte virkning innebærer ifølge EF-domstolens rettspraksis at forrangsprinsippet kommer til anvendelse.¹⁰ Forrang gjør seg gjeldende i de tilfeller der EFs sekundærlovgivning, det vil si rettsakter som ikke følger av EU-traktatene, trår i kraft etter den internasjonale bestemmelse. Lex posterior prinsippet kommer altså ikke til anvendelse. Det betyr at folkerettsbestemmelser alltid vil gå foran fellesskapsrettsakter

2.2 Internasjonale avtalers direkte virkning

Senere har spørsmålet “forflyttet” seg til de internasjonale avtalene som Fellesskapet inngår og om også disse har direkte virkning i EU. I den forbindelse oppstår også spørsmålet om fellesskapsrettsakter kan annulleres i tillegg til spørsmålet om tilsidesettelse av nasjonale bestemmelser i de enkelte EU-land.

At også internasjonale avtaler har direkte virkning i Fellesskapet ble for første gang slått fast av Domstolen i *Haegemansaken*.¹¹ I den avgjørelsen tolket Domstolen Traktatens artikkel 300 nr. 7 om at: “Aftaler, der indgås på betingelserne i denne artikel, er bindende for Fællesskabets institutioner og for medlemsstaterne” dit hen at internasjonale avtaler blir en del av fellesskapsretten fra ikrafttredelse, og at de utgjør rettskilder som skal overholdes av henholdsvis Fellesskapet og nasjonale myndigheter.

Av dette følger det at Fellesskapets institusjoner skal overholde de bestemmelser som finnes i internasjonale avtaler. En eventuell konflikt mellom en fellesskapsbestemmelse

¹⁰ Se C-61/94, Tyskland mot Kommisjonen, sml. 1996 s. 3989.

¹¹ Sak C-181/73, Haegeman mot Belgia, sml. 1974 s. 449.

og en bestemmelse i en internasjonal avtale vil i utgangspunktet gjøre fellesskapsregelen mangelfull, slik at den kan kreves annullert av EF-domstolen. Dette medfører at kompetansen til lovgivende og utøvende organ, henholdsvis Rådet og Kommisjonen, til å fatte beslutninger innad i Fellesskapet reduseres av bestemmelsene i internasjonale avtaler.

Likevel er det ikke alle internasjonale avtaler som har direkte virkning, da bestemmelsene i Fellesskapets tredjellandsavtaler¹² må oppfylle to vilkår. Disse vilkårene er for det første at Fellesskapet er bundet av den internasjonale regelen og for det annet den folkerettslige bestemmelsen er av en slik beskaffenhet at Fellesskapets borgere kan gjøre den gjeldende. Det siste innebærer at den må inneholde klare, presise og ubetingede regler (klarhetsvilkåret). EF-domstolen kommenterte dette på følgende måte i *Demirel*: (sml. 1987 s. 3719)

“Det bemærkes herved, at en bestemmelse i en aftale indgået af Fællesskabet med et tredjeland må anses for umiddelbart anvendelig, når der af dens ordlyd samt aftalens formål og karakter kan udledes en klar og præcis forpligtelse, hvis opfyldelse og retsvirkninger ikke er betinget af, at der udstedes yderligere retsakter”.

Det kreves i utgangspunktet ikke at en internasjonal avtale og dens bestemmelser gjennomføres særskilt innad i Fellesskapet for at borgerne skal kunne påberope seg rettigheter. I folkerettslig terminologi er dette forklart som det monistiske prinsipp, i motsetning til det dualistiske prinsipp som anser folkeretten som et eget selvstendig rettssystem som er atskilt fra de enkelte lands, herunder også Fellesskapets, interne rettssystemer. Konsekvensen av det dualistiske prinsipp er at bestemmelser i folkeretten må gjøres til intern rett, transformeres, for at de skal kunne få direkte anvendelse for de nasjonale domstoler.

Eksempler på avtaler som inneholder bestemmelser som har direkte virkning i Fellesskapet er EØS-avtalen, Sveits-avtalen og Lomè-konvensjonen. Innholdet i “klarhetsvilkåret” for bestemmelser i tredjellandsavtaler har vist seg å avvike noe fra de

¹² Tredjellandsavtaler omfatter også Fellesskapets avtaler med internasjonale organisasjoner.

krav som må være oppfylt for at fellesskapsrettsakter skal ha direkte virkning, blant annet fordi Domstolen tar i betraktning mer politiske hensyn, eventuelt reelle hensyn,¹³ når den skal avgjøre om en internasjonal avtale har direkte virkning. Dette vil gå som en rød tråd gjennom avhandlingen.

Avhandlingen vil som nevnt bestå av en analyse av dommer som knytter seg til GATT og WTO. Det er særlig i disse internasjonale avtalene at Domstolen har tatt i betraktning og vektlagt reelle hensyn i sine avgjørelser om direkte virkning. Litt overfladisk kan det sies at Domstolen har gått bort fra sine tradisjonelle vilkår om klare og presise bestemmelser og lagt en annerledes vurdering til grunn hvor virkningsspørsmålet har kommet opp i forbindelse med Fellesskapets deltakelse i de multilaterale handelsavtalene GATT og WTO.

Ifølge Eeckhoutte foretar Domstolen en dobbelttolkning av de internasjonale avtalene.¹⁴ I første omgang tolkes avtalens karakter og formål i sin helhet, og deretter om den påberopte bestemmelse er klar, presis og ubetinget. Samme fremgangsmåte vil gå igjen i de avtaler som avhandlingen behandler.

Det interessante er hva som egentlig ligger til grunn for at disse avtalene bedømmes annerledes enn det overveiende flertall av andre internasjonale avtaler, og hvilken betydning det får innad i Fellesskapet.

2.3 Fellesskapets kompetanse på den internasjonale arena

I Fellesskapet er det EF som har kompetanse til å inngå avtaler på den internasjonale arena. EF er definert som et eget rettssubjekt jf. artikkel 281 i Traktaten,¹⁵ og at EF *har* traktatkompetanse er i dag ikke omstridt, noe blant annet EF-traktatens artikler 131, 133

¹³ Reelle hensyn er ikke en "offisiell" rettskildefaktor i fellesskapsretten slik den er det i norsk rett, men også i EF er dommerne styrt av reelle hensyn i sine avgjørelser. Siden det er et kjent begrep i Norge vil jeg fortsette å bruke det i de tilfeller jeg mener det er det som styrer dommerne i EF.

¹⁴ Eeckhoutte, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 7, 2001, s. 283.

¹⁵ Det er i dag uklart om EU er et eget rettssubjekt, men det er foreslått inntatt i Forfatningstraktaten.

og 300 er eksempler på.¹⁶ Det som ikke er like sikkert er på hvilke områder det er EF som har traktatkompetanse og hvilke områder som hører til medlemsstatenes kompetanse. I noen tilfeller er kompetansen delt, slik tilfellet er for WTO-avtalene, hvor både medlemsstatene og Fellesskapet er medlemmer.¹⁷

2.4 Hva kjennetegner verdens handelsorganisasjon (WTO)

Kort fortalt er WTO en omfattende multilateral institusjon for både varehandel, tjenestehandel og immaterielle rettigheter. Det er et juridisk rammeverk som inneholder regler med adresse til både stater og private. WTO-avtaleverket fungerer som en paraplyorganisasjon over avtalene. Dette innebærer blant annet at WTOs tvisteløsningsmekanismer kommer til anvendelse der det oppstår disputer mellom medlemmene i forbindelse med en avtale jf. Tvisteløsningsavtalen.¹⁸

Tvisteløsningsmekanismene karakteriseres av et to-trinns system med panel som førsteinstans og et Ankeorgan, og det er bindende avgjørelser som blir vedtatt ved negativ konsensus¹⁹. Jeg vil komme tilbake til andre viktige særtrekk ved WTO i punkt 2.6, Fra GATT 1947 til opprettelsen av WTO. Det vil i forbindelse med spørsmålet om WTO-avtalene har direkte virkning også være nødvendig å ta stilling til virkningen av at Tvisteløsningsorganet har fattet avgjørelse i en sak i fellesskapsretten.

Problemstillingen drøftes i punkt 5.

2.5 GATT 1947 og manglende direkte virkning

Første gang en internasjonal avtale ikke var direkte anvendbar i EF var i *International Fruit Company*.²⁰ I avgjørelsen hadde en nederlandsk ankeinstans anmodet EF-

¹⁶ Det er i dag heller ikke omstridt at internasjonale organisasjoner kan ha status som folkerettssubjekter jf. FN-erstatningssaken.

¹⁷ Den interne kompetansefordelingen mellom Fellesskapet og medlemsstatene vil ikke bli videre behandlet.

¹⁸ Regler og prosedyrer for tvisteløsningssystemet som gjelder innenfor WTO, er nedfelt i Avtale om regler og prosedyrer ved tvisteløsning, Tvisteløsningsavtalen (DSU).

¹⁹ Alle må stemme imot forslaget for at det ikke skal vedtas, inkludert den part som har klaget inn forslaget.

²⁰ Sak C-21-24/72, *International Fruit*, sml. 1972 s. 1219.

domstolen om å treffe en forhåndsavgjørelse om gyldigheten av tre forordninger som saksøkeren hevdet var i strid med bestemmelser i GATT-avtalen fra 1947.

EF-domstolen oppstilte i saken to vilkår for at den skulle undersøke om fellesskapsreglene var i overensstemmelse med bestemmelser i internasjonale avtaler. Det første vilkåret var at Fellesskapet måtte være bundet av den påberopte internasjonale avtalen. Domstolen fastslo at GATT 1947 var bindende for Fellesskapet til tross for at det ikke formelt sett var GATT-medlem. Årsaken var at Domstolen mente Fellesskapet hadde overtatt sine medlemslands forpliktelser i forhold til GATT. Vilkaaret vil ikke ha noen praktisk betydning der Fellesskapet er part i en internasjonal avtale fra begynnelsen av, slik den er det i WTO.

For det andre krevde Domstolen at den folkerettslige regel var av en slik beskaffenhet at Fellesskapets borgere med rettsvirkning kunne gjøre den gjeldende, altså kreves det direkte virkning. For å avgjøre om direkte virkning forelå, var det nødvendig å vurdere den avtale som var inngått ut ifra hensynet til overenskomstens ånd, system og ordlyd jf. premiss 20 i dommen. Istedenfor kun å vurdere den enkelte bestemmelses presise og ubetingede karakter, slik som Domstolen gjorde i *Van Gend en Loos*, stilles det i tillegg betingelser til den internasjonale avtale i som sådan.²¹

Domstolen tolket GATT-avtalens bestemmelser og fant at de bar preg av fleksible tvisteløsninger, smidighet i bestemmelsene og at det var mulighet for fravikelse av bestemmelsene i visse tilfelle. For eksempel ga artikkel XIX en part mulighet til å treffe en rekke beskyttelsestiltak i ekstraordinære situasjoner. På bakgrunn av dette mente Domstolen at avtalen i sin helhet bygget på gjensidig fordelaktige forhandlinger, i stedet for klare og presise bindende forpliktelser. På grunn av avtalens karakter var ikke vilkårene for direkte virkning oppfylt og en etterprøvelse av fellesskapsbestemmelsene i lys av GATT 1947 kunne ikke foretas.

Til tross for at flere av bestemmelsene i GATT 1947 var klare og ubetingede så har ikke Domstolen ville anvende disse internt i Fellesskapet, så lenge avtalen har generelle og

²¹ Jf. Eeckhouttes dobbelttolkning, se punkt 2.2.

fleksible bestemmelser. Dette viser at Domstolen i vurderingen av om internasjonale avtaler har direkte virkning først vil vurdere avtalen i sin helhet og deretter bestemmelsen. Utfallet av at en avtale i sin helhet mangler direkte virkning er at avtalen kun regulerer forholdet til de aktuelle medlemstaters rettigheter og plikter på det folkerettslige plan. At det får en del avledede og indirekte virkninger vil jeg komme tilbake til senere.

Resultatet i *International Fruit* har senere blitt stadfestet, blant annet i *Schlüter*²² og *Tyskland mot Rådet*.²³ Også i flere andre saker har EF-domstolen bekreftet at GATT-avtalen åpner for forhandlinger mellom statene. GATT-avtalen inneholder fleksible bestemmelser som utelukker at en borger kan påberope seg de enkelte bestemmelser i avtalen ved en nasjonal domstol for å utfordre enten EU eller nasjonal lovgivning. Rettsstillingen er etter dette at Domstolen ikke anser seg kompetent til å vurdere GATT-avtalen. Dette gjelder både i forhold til artikkel 234 i EF-traktaten, om prejudisielle avgjørelser og i artikkel 230 i forhold til direkte søksmål jf., *Tyskland mot Rådet*. Direkte virkning har blitt “slått sammen” i de to tilfellene og satt som ett vilkår fordi ikke bare borgerne, men også medlemsstatene påberoper seg eksterne regler for Domstolen.²⁴

Oppsummert manglet GATT 1947 direkte virkning som en følge av at det var en avtale som bygget på prinsippet om forhandlinger på grunnlag av gjensidighet og gjensidig fordelaktige ordninger mellom stater.

2.6 Fra GATT 1947 til opprettelsen av WTO

Den 15. april 1994 underskrev Fellesskapet sluttakten som avsluttet forhandlingene i Uruguay-runden²⁵. Rådet godkjente inngåelsen av denne avtale ved avgjørelse 94/800/EC av 22. desember 1994. WTO-avtalene trådte i kraft 1. januar 1995.

²² Sak C-9/73, *Schlüter mot Hauptzollamt Lorrach*, sml. 1973 s. 1135.

²³ Sak C-280/93, *Tyskland mot Rådet*, sml. 1994 s. 4973.

²⁴ Jf. avhandlingens punkt 2.3.

²⁵ Kjent som Uruguay-runden hvor over 100 land deltok og som formelt ble avsluttet i Genève 15. desember 1993, samme dato som Sluttakten ble adoptert. De mer tekniske diskusjonene fortsatte

I forbindelse med revisjonen av GATT 1947 som fant sted under Uruguay-runden ble GATT 1947 avløst av GATT 1994. Sistnevnte ble sammen med en rekke andre avtaler satt inn i det nye WTO-systemet, som fungerer som en felles institusjonell ramme for handelsrelasjoner i forbindelse med de avtalene den omfavner.

På den ene side er WTO først og fremst karakterisert av at den omfatter mange avtaler som spenner over et vidt område, fra intellektuelle rettigheter til jordbruksavtaler. På den annen side ble systemet for tvisteløsning betydelig utbedret som en følge av opprettelsen av WTO.

Mens GATT 1947 sin tvisteløsning var preget av forhandlingsløsninger og fravær av å kunne fastsette bindende vedtak er WTO karakterisert av at organisasjonen har juridisk personlighet og egne beslutningsorganer. Disse består av paneler som oppnevnes i hver enkelt sak, og panelenes rapporter kan ankes til Ankeorganet som er et permanent organ i WTO. Til slutt avgjøres rapportene med bindende virkning av Tvisteløsningsorganet som skal gjennomføres “unconditionally”, jf. Tvisteløsningsavtalen artikkel 17, stk. 14. Tvisteløsningene har i det hele en mer rettslig form i dagens system. Det er videre anerkjent at mange av bestemmelsene i avtalen som finnes som bilag til overenskomsten om opprettelsen av WTO, skaper forpliktelser og innfører forbud som er ubetingede og presise.

Domstolen kom i *Tyskland mot Rådet* fram til at GATT 1947 hadde et regelverk som i stor grad var preget av vaghet, fleksibilitet og ufullstendige mekanismer for tvisteløsning.²⁶ For det første mente Domstolen at GATT var et handels- og diplomatisk instrument, istedenfor et juridisk, og for det annet at den på grunn av nevnte fleksibilitet ikke kunne gi individer rettigheter. Dette var begrunnelsen for at GATT 1947 ikke var direkte anvendbar som selvstendig rettskilde i EF.

imidlertid og endte med at Sluttakten ble signert 15. april 1994 i Marrakech, Marokko. Fra EF sin side ble avtalen signert av Fellesskapet og medlemslandene, da noe faller innenfor medlemsstatenes kompetanse og noe innenfor Fellesskapets. For mer informasjon, se www.wto.org.

²⁶ Se punkt 2.5 over.

På bakgrunn av nevnte utbedringer knyttet det seg stor spenning til Domstolen sitt syn på WTO og avtaleverkets virkning innenfor Fellesskapet. Ville den nå snu gjennom å endre sin praksis fra GATT 1947 og anerkjenne direkte virkning for WTO-avtalene på bakgrunn av de utbedringer som var gjort, eller forfølge den tidligere linje og avvise direkte virkning for WTOs bestemmelser.

Det kan være verdt å merke seg at, til tross for WTO-avtaleverkets tvisteløsningsmekanismer og juridiske karakter har ikke individer klageadgang til noen av WTO-organene, for påståtte brudd på avtaler fra medlemsstatene. Årsakene er blant annet at WTOs medlemsstater ikke vil gi slipp på avtaleverket som mellomstatlig, at de vil forbeholde seg retten til å avgjøre hvilke saker som skal opp for Tvisteløsningsorganet og at WTO mangler adekvat struktur.²⁷

²⁷ Se om dette: Kees Jan Van Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest Versus Individual Rights?* (1996)

3 Spørsmålet om direkte virkning for WTO-avtaleverket

I dette kapitlet vil jeg foreta en analyse av *Portugal-saken* for å kunne svare på om WTO-avtalene har direkte virkning i Fellesskapet.

3.1 Innledning

På bakgrunn av Fellesskapets tilslutning til WTO-avtaleverket dukket spørsmålet om direkte virkning av multilaterale handelsavtaler opp på ny. Første gang det skjedde var i *Portugal*. Dette er den sentrale dom på området og vil følgelig vies mye plass i avhandlingen. På grunn av sakens prinsipielle betydning var retten satt i Plenum med 11 dommere.

På den ene side var mye av det som lå til grunn for at EF-domstolen ikke ville gi GATT 1947 direkte virkning utbedret som en følge av WTO og Eeckhoutte mener at: “This radical change in the structure and nature of GATT made it unavoidable for the Court of Justice to review its case law as to the invocability of the WTO agreements.”²⁸

På den annen side var, og er, WTO mer omfattende enn det GATT 1947 var. Å gi bestemmelser i en internasjonal avtale direkte virkning betyr at Domstolen må sette til side en fellesskapsrettsakt hvor den er i strid med folkerettsregelen. For Fellesskapet betyr det at dersom WTO-avtalene er direkte anvendelige så er det bestemmelsene i disse, der de oppfyller kravet til klarhet og presisjon, som vil virke i EF-retten. Rådet og Kommisjonen vil altså få sin kompetanse redusert tilsvarende anvendelsesområdet for de internasjonale avtalene.²⁹ Bekymringen av hvilke implikasjoner dette ville medføre ble ikke mindre under WTO enn det de var under GATT 1947. Mens regelverket var utbedret, var også betenkelighetene større.

²⁸ Jf. note 14, side 287.

²⁹ Dette vil bli nærmere belyst nedenfor i punkt 3.3.3.2.

Den overordnede problemstilling er her om WTO-retten har direkte virkning i EF. Det vil si om bestemmelsene i avtaler som er inngått i WTO-avtaleverket utgjør regler som det er mulig for fysiske og juridiske personer å påberope seg overfor medlemsland, og som medlemsland kan påberope seg overfor EF-domstolen.

Problemstillingen om direkte virkning for WTO-avtalene reiser i utgangspunktet tre spørsmål. På bakgrunn av tidligere rettspraksis må Fellesskapet for det første være bundet av avtalene. Dette er utvilsomt oppfylt for WTO.³⁰ Neste spørsmål er om WTO-avtaleverket selv avgjør spørsmålet om hvilken virkning avtalene skal ha i de enkelte medlemsland. Dersom WTO-overenskomsten selv regulerer hvordan den skal oppfylles, så må Domstolen respektere partenes regulering av dette.³¹ Spørsmålet vil bli behandlet i punkt 3.3.2.

Dersom spørsmålet ikke er regulert i WTO-avtalene er det for det tredje et spørsmål om hvilken status Domstolen, i tråd med sin tolkningskompetanse etter EF-traktaten, vil gi WTO. Her kommer EF-domstolens tidligere praksis om hva som kreves av avtalens art og oppbygning for å gi den direkte virkning inn. Dette er kjernen i avhandlingens problemstilling og denne delen er interessant på grunn av de fundamentale spørsmål dette innebærer og fordi Domstolen etter min mening behandler de viktige tema i knappeste laget og at den juridiske begrunnelse ikke er overbevisende. *Portugal* har vakt stor interesse, og avfødt en omfangsrik polemisk debatt, blant juridiske forfattere og er godt kommentert.

Til slutt behandles eventuelle unntak slik de er utviklet gjennom EF-domstolens praksis i forhold til GATT 1947 og om disse er oppfylt i saken. Det er i hovedsak to unntak fra GATTs manglende direkte virkning. Det ene er der Fellesskapet har villet oppfylle en særlig forpliktelse som er vedtatt innenfor rammen av GATT/WTO (Nakajima-unntaket), og for det andre der en fellesskapsbestemmelse uttrykkelig henviser til

³⁰ Fellesskapet signerte WTO-avtalene 15. april 1994 og fikk Rådets godkjenning gjennom 94/800/EC.

³¹ Med mindre det er i strid med EU-traktatene eller jus cogens.

presise bestemmelser i den internasjonale avtale (Fediol-unntaket). Jeg kommer tilbake til innholdet av unntakene i punkt 4.

Stillingen på området før *Portugal* var at bestemmelser i traktater generelt sett hadde blitt tillagt direkte virkning, mens GATT 1947 ikke hadde blitt det. Hensikten med gjennomgangen her er å trekke ut de spørsmål som oppstår og i den forbindelse belyse regelen på området for WTO-retten. Men først en kort redegjørelse Portugal-dommens bakgrunn og faktum.

3.2 Bakgrunn/Faktum i Portugal-saken

Portugal gikk til søksmål for å få annullert Rådets vedtak 96/386/EC av 26. februar 1996 angående “indgåelsen af aftalememoranda mellem Det Europæiske Fællesskab Republikken Indien og mellem Det Europæiske Fællesskab og Den Islamiske Republik Pakistan om arrangementer for markedsadgang for tekstilvarer...”³², ved at vedtaket ble hevdet å være i uoverensstemmelse med WTO-retten. Portugal fryktet at avtalememorandumet ville ramme deres tekstilindustri, gjennom økt konkurranse fra tekstilimport til EU fra Pakistan og India, som en følge av en gjensidig markedsadgang mellom henholdsvis Pakistan og India på den ene side og Fellesskapet på den andre.

Den omstridte fellesskapsrettsakt 96/386/EC inneholdt godkjenning av to avtaler, en mellom Pakistan og Fellesskapet og en mellom India og Fellesskapet. Den første avtale ble signert 27. mars 1996 ble det signert et avtalememorandum mellom Pakistan og Fellesskapet³³, hvor Pakistan går med på å fjerne alle kvantitative restriksjoner for visse tekstilvarer. Kommisjonen forpliktet seg på sin side til å se velvillig på anmodninger fra Pakistan vedrørende forvaltning av eksisterende tollrestriksjoner, og øyeblikkelig igangsette nødvendige interne prosedyrer for å sikre at alle restriksjoner som berører innførsel av varer fremstilt ved håndveving og hjemmeindustri oppheves innen WTO trår i kraft, jf. punkt 10 i dommen.

³² Premiss 1 i *Portugal*.

³³ Premiss 13.

I overensstemmelse med avtalememorandumet mellom India og Fellesskapet, signert 8. mars 1996, gikk India med på å binde sin toll på tekstiler og klær, samt meddele tollsatsene til WTOs sekretariat. Til gjengjeld skulle Fellesskapet fjerne alle restriksjoner på Indias eksport av varer fremstilt ved håndveving og hjemmeindustri som omhandlet i avtalen mellom EF-India om handel med tekstilvarer. Fellesskapet tok ytterligere på seg å velvillig overveie anmodninger fra Indias regjering om ekstraordinær fleksibilitet i forvaltningen av kvantitative importrestriksjoner og tollrestriksjoner på tekstilprodukter.

I forbindelse med annullasjonskravet påberopte Portugal seg blant annet rettspraksis i forbindelse med Domstolens avgjørelser vedrørende GATT 1947³⁴, importlisensprosedyren i WTO, WTO-avtalen om tekstiler og konfeksjoner (ATV) og GATT 1994³⁵. Det ble hevdet at disse WTO-avtalene utgjorde regler hvis overholdelse i fellesskapsinstitusjonene var gjenstand for etterprøvelse av EF-domstolen i kontrollen av en rettsakt utstedt av Rådet, jf. premiss 32 i dommen. Portugal argumenterte i denne forbindelse for at WTO-avtaleverket skulle kunne legges til grunn i saken på bakgrunn av de endringer som var foretatt i forbindelse med revisjonen av GATT 1947. Det ble spesielt pekt på at de utbedrede tvisteløsningsmekanismene bar preg av et fast regelverk, heller enn en forhandlingsavtale mellom stater.

Rådet, med støtte fra Kommisjonen og Frankrike, mente at WTO-avtalenes spesielle karakter gjorde at de ikke kunne påberopes for å etterprøve Fellesskapets rettsakter ved at de fremdeles var bygd på prinsippet om gjensidige forhandlinger mellom WTO-medlemmene, og derfor utenfor Domstolens kompetanse. EF-domstolens rettspraksis på området for GATT 1947 ble krevd opprettholdt og anvendt på WTO.

Ifølge Generaladvokat Saggios forslag til avgjørelse i saken måtte Portugals krav forkastes på grunn av at bestemmelsene Portugal anførte ikke var i strid med WTO-avtalene som ble anført. Men han var samtidig av den oppfatning at WTO-avtalene

³⁴ Anførselen knytter seg til unntakene EF-domstolen har oppstilt og blir behandlet i punkt 2.4

³⁵ Portugal påberopte seg også Fellesskaplige regler og prinsipper, men det faller utenfor denne avhandling sitt tema som kun tar for seg de WTO-relaterte argumentene.

gjorde det mulig for Domstolen å etterprøve rettsakter vedtatt av Fellesskapet: “..., the applicant's wish to invoke the WTO Agreements is in no way inadmissible” jf. premiss 24 i forslag til avgjørelse i *Portugal*.³⁶ Det motsatte resultat ville, ifølge Saggio,³⁷ i for stor grad snevre inn anvendelsesområdet i artikkel 300 nr. 7, om at tredjelandsavtaler “er bindende for Fællesskabets institutioner og for medlemsstaterne”.

3.3 WTO-rettens virkning i Fellesskapet (Har WTO direkte virkning)

Før jeg går i gang med problemstillingen er det nødvendig å foreta en presisering av hva som ligger i direkte virkning her. Portugal har anlagt et direkte søksmål overfor Domstolen i medhold av artikkel 230 i Traktaten og søksmålet befinner seg da på “EF-nivå” og ikke i det enkelte lands interne rett.

De internasjonale avtalene utgjør som vi har sett en integrert del av Fellesskapets rettsorden. Derfor er det egentlig ikke riktig å kalle det direkte virkning når man problematiserer EF-bestemmelser på grunnlag av internasjonale avtaler, ettersom direkte virkning gjelder relasjonen EF-rett/nasjonal rett mens tredjelandsavtalene *utgjør* en del av fellesskapsretten. Direkte virkning må være riktig i relasjonen internasjonale avtaler/nasjonale regler, mens det i sammenhengen tredjelandsavtaler/EF-rett er mer riktig å snakke om muligheten til å påberope seg en internasjonal avtale. Dette ble første gang fastslått i *Tyskland mot Rådet*.³⁸ Jeg vil i fortsettelsen bruke direkte virkning som en analogi for direkte søksmål.

Domstolens kompetanse vil være den samme både i forhold til søksmål via artikkel 234 og i direkte søksmål gjennom artikkel 230, ved en etterprøving av gyldigheten av en fellesskapsregel. Adgangen til å reise søksmål angående gyldigheten av en fellesskapsrettsakt avgjøres derfor ikke ut ifra om saksøker er et individ, medlemsstat eller en fellesskapsinstitusjon.

³⁶ Også Generaladvokat Tesauo var av den oppfatning at WTO-avtalene skulle gis direkte effekt i C-53/96, *Hermès*, 1998 E.C.R. I-3603 premissene 28-30.

³⁷ Generaladvokat Saggio i forslag til avgjørelse i *Portugal*, premiss 18.

³⁸ C-280/93, *Tyskland mot Rådet*, 1994 E.C.R. I-5042.

3.3.1 Fellesskapets deltakelse i WTO-avtalene

Fellesskapets status som medlem av WTO-avtaleverket innebærer en folkerettslig forpliktelse til å oppfylle avtalen etter sitt innhold og at brudd på dette vil kunne få rettslige konsekvenser. Domstolen bemerker i premiss 35 at i tråd med folkerettens alminnelige regler skal enhver traktat tolkes og oppfylles i god tro, slik også artikkel 31 i Wien-konvensjonen om traktater (heretter Traktatkonvensjonen) av 23. mai 1969 gir uttrykk for.³⁹ Konsekvensene av ikke å oppfylle forpliktelsene i WTO-avtalene vil bli behandlet senere i avhandlingen.⁴⁰

3.3.2 Regulerer WTO-avtalen selv spørsmålet om direkte virkning

I tråd med sin tidligere framgangsmåte i *Kupferbergsaken*⁴¹ vurderte Domstolen om WTO-retten selv regulerte virkningsspørsmålet fordi det kun er der de internasjonale avtalene ikke selv avgjør spørsmålet om virkningene av sine bestemmelser, innenfor rettsområdene til partene, at Domstolen vil avgjøre det.⁴²

Dette må være et naturlig utgangspunkt, og er også i overensstemmelse med folkerettens prinsipper om at partene i en internasjonal avtale står fritt til å bli enige om hvilke virkninger avtalens bestemmelser skal ha innenfor partenes interne rettssystemer.⁴³ Selv om en part er forpliktet til å fullt ut oppfylle forpliktelsene i en traktat ligger det samtidig innenfor dens myndighet å bestemme hvilke midler den mener egner seg for oppfyllelsen, hvor traktaten selv ikke fastsetter midlene. Det er altså ikke et brudd på folkeretten å ikke gi traktater direkte virkning.

Det er i WTO-avtaleverket ikke gitt noen uttrykkelige bestemmelser om hva som er riktig gjennomføring av dens bestemmelser. Det er derfor nødvendig for EF-domstolen

³⁹ Formelt regulerer ikke Traktatkonvensjonen forholdet da vilkåret for dens anvendelse i artikkel 1 om avtaler mellom *land* ikke er oppfylt. På den annen side er store deler av konvensjonen uttrykk for internasjonal sedvanerett, inkludert prinsippet om tolkning i god tro.

⁴⁰ Punkt 5.

⁴¹ C-104/81, Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg, sml. 1982 s. 3641.

⁴² Premiss 34 *Portugal*.

⁴³ Se Innføring i folkerett, Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, 1998.

å tolke WTO-avtaleverket, ut ifra dens innhold og formål, for å kunne avgjøre spørsmålet. Etter traktatkonvensjonen artikkel 31 skal internasjonale avtaler tolkes “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

Ifølge Domstolen inneholder WTO til forskjell fra GATT 1947 et utbedret tvisteløsningssystem og styrkede beskyttelsesregler, slik Portugal har anført. Men til tross for utbedringene og at formålet med Tvisteløsningsavtalen er å fjerne bestemmelser uforenlige med WTO,⁴⁴ tillegges dette beskjeden vekt. Dette fordi Domstolen mener at forhandling mellom WTO-medlemmene fortsatt spiller en betydelig rolle: “..., the system resulting from those agreements nevertheless accords considerable importance to negotiation between the parties”.⁴⁵

Som et eksempel vises det til at det er åpnet for at det kan ytes kompensasjon istedenfor naturaloppfyllelse fra den part som har gjort seg skyldig i brudd på reglene, i et tidsrom hvor de ikke er praktisk mulig fjerne WTO-stridige bestemmelser.⁴⁶ Noe som etter min mening svekker dette argumentet fra Domstolen, er at kompensasjon kun er en midlertidig ordning hvor innstillingen av WTO-uforenlige bestemmelser ikke er *praktisk mulig*.⁴⁷ Kompensasjon er i utgangspunktet ikke en måte å løse tvister på. Denne midlertidige ordning er til for å sikre at fordelene som oppnås ved ikke å endre WTO-uoverensstemmelser reduseres og at det WTO-brytende medlem ikke oppmuntres til å fortsette bruddet.

På den annen side vil en inngripen fra EF-domstolen her føre til at Fellesskapets faktiske mulighet til å fullt ut benytte seg av tvisteløsningssystemet ville vært avskåret. Dette underbygger synspunktet om at partene ikke hadde ment å gi WTO-bestemmelser direkte virkning. Domstolen er heller ikke enig i at avtalen har endret karakter fra å være basert på prinsippet om forhandlinger og gjensidig fordelaktige ordninger.

⁴⁴ Premiss 37.

⁴⁵ Premiss 36.

⁴⁶ Premiss 37.

⁴⁷ Det at kompensasjon kun kan foretas i visse tilfelle og midlertidig, finner Domstolen ikke relevant ifølge Eeckhoutte, jf. note 14, s 280-291.

På bakgrunn av dette konkluderer Domstolen i premiss 41 at “It follows that the WTO agreements, interpreted in the light of their subject-matter and purpose, do not determine the appropriate legal means of ensuring that they are applied in good faith in the legal order of the contracting parties”⁴⁸. Altså bestemmer ikke WTO-avtalene selv, etter en tolkning av dens innhold og formål, hvilken status bestemmelsene i god tro skal gis i den interne retten til avtalepartene.

At virkningen av WTO ikke er bestemt i avtalen og at Tvisteløsningsavtalen gir rom for forhandling mellom partene mener jeg er et gode argumenter for at partene ikke har ment å gi avtalene direkte virkning. Argumentet om forhandling er utledet fra artikkel 22 i Tvisteløsningsavtalen og innebærer at en part kan gjøre nytte av forhandlinger med den part som anmodet iverksetting av tvisteløsningsprosedyrene, i de tilfeller der førstnevnte unnlater å etterkomme tvisteløsningsorganets henstillinger og kjennelser innenfor en rimelig tidsfrist.

Hensikten er at partene kan komme fram til en akseptabel kompensasjon. Det er altså mulig for en part å opprettholde WTO-stridige ordninger for en tid. Konsekvensene av et motsatt resultat ville for Fellesskapets del være uheldig i den forstand at de ikke kunne benytte seg av den “fleksibilitet” som Tvisteløsningsavtalen åpner for.

Resultatet utgjør ikke, etter min mening, noe brudd på avtalens forpliktelser all den tid det å gjøre bestemmelsene i en internasjonal avtale direkte anvendelige i intern rett kun er *en* måte å oppfylle sine forpliktelser på. Det er altså ikke i utgangspunktet i strid med folkeretten å ikke tilkjenne bestemmelsene i en traktat direkte virkning, hvor spørsmålet ikke er regulert annerledes. Slik også Eeckhoutte,⁴⁹ som mener dette er et spørsmål om maktfordeling i hvert land og noe som reguleres i de enkelte lands konstitusjonelle systemer.

⁴⁸ Punkt 41.

⁴⁹ Jf. note 14, på side 289.

Det at flere av medkontrahentene til WTO-avtalene har lagt seg på samme linje er etter min mening også et argument for at det ikke var partenenes intensjon å gi bestemmelsene direkte virkning. Vekten av et slikt argument må være av begrenset betydning da det muligens finnes land som har gjort bestemmelsene direkte anvendelige. Avtalens formål, nemlig at dens bestemmelser skal oppfylles, og effektivitetshensyn taler på den annen side imot EF-domstolens konklusjon. Imidlertid er det i overensstemmelse med suverenitetsprinsippet, som gjør at det kreves en forholdsvis klar intensjon om å binde seg, særlig jo mer omfattende suverenitetsavståelsen er.

3.3.3 Domstolens tolkning av EF-traktaten og spørsmålet om direkte virkning av WTO

Domstolen kom altså fram til at spørsmålet om WTO-retten har direkte virkning i Fellesskapet ikke er løst av traktaten selv. Den neste problemstilling er om EF-domstolen har kompetanse til å etterprøve gyldigheten av en fellesskapsregel i lys av bestemmelser i en internasjonal avtale, etter en tolkning av EF-traktaten. Istedenfor å tolke hva WTO-avtaleverket sa om hvilken virkning dens avtaler skulle tillegges, tolker Domstolen her sin egen kompetanse slik den er å forstå etter EF-traktaten.

Det kan her være greit å kort oppsummere partenenes påstander. Portugal påberopte seg WTO-avtalene GATT 1994, importlisensprosedyren og ATV mot en fellesskapsregel. Rådet hevdet på sin side at WTO-avtalene etter sin natur ikke utgjorde regler hvis overholdelse i fellesskapsinstitusjonene var gjenstand for etterprøvelse av EF-domstolen.

Spørsmålet er da om det etter en tolkning av EF-traktatens bestemmelser pålegger en plikt for EF-domstolen til å bruke WTO-avtalene som en standard til å etterprøve rettsakter fra Fellesskapet. Dette er et spørsmål om WTO, i henhold til fellesskapsretten, må tillegges direkte virkning. Utgangspunktet er som vi tidligere har sett, EF-traktatens artikkel 300 nr. 7: “Aftaler, der indgås på betingelserne i denne artikel, er bindende for Fællesskabets institutioner og for medlemsstaterne.”

Hovedregelen er altså at Fellesskapets organer og medlemslandene er bundet innad av de internasjonale avtalene som inngås og at de utgjør selvstendige rettskilder fra ikrafttredelse jf. *Haegemansaken*. Dette er imidlertid modifisert i EF-domstolens rettspraksis om GATT 1947, som gjør det nødvendig også her å se på avtalenes art og oppbygning for å kunne avgjøre om den gir uttrykk for regler eller om den baserer seg på gjensidig fordelaktige forhandlinger mellom avtalepartene.

I *Portugal* følger Domstolen sin tidligere praksis i GATT 1947, og fastslår at heller ikke WTO-avtalene har direkte virkning i Fellesskapet.

Det er særlig to ting dommerne fester seg ved. For det første opprettholdes argumentet ifra GATT 1947 om at WTO-retten, etter sin art og oppbygning mangler et fast regelverk. Dette er etter min mening Domstolens formelle begrunnelse.

For det andre, og dette er nytt, ser dommerne på hvilke konsekvenser direkte virkning vil ha, og da særlig konsekvensen av EUs handlingsfrihet. Etter min mening ligger det avgjørende argument i dommen i denne utvidede argumentasjonen.

3.3.3.1 WTO-avtalen utgjør ikke faste regler

Domstolen tar i dette argumentet tak i mange av de samme forhold som den gjorde under spørsmålet om WTO-avtalen selv regulerer spørsmålet om direkte virkning. Domstolen beskriver i premiss 42 WTOs karakter, som en avtale som er basert på et prinsipp om gjensidig fordelaktige forhandlinger. Dommerne finner støtte for dette i preambelet til WTO: "... oprettelse af Verdenshandelsorganisationen med bilag ifølge sin præambel – ligesom det var tilfældet med GATT 1947 – bygger på princippet om forhandlinger på grundlag af gensidighed og gensidigt fordelagtige aftaler..."⁵⁰.

Domstolen tolker Tvisteløsningsavtalens artikler 2, 3 og 22 og til tross for en anerkjennelse av de fundamentale utbedringene som har funnet sted siden GATT

⁵⁰ Premiss 42.

1947⁵¹, finner altså Domstolen viktige likheter med GATT i WTO-systemet. Selv om WTO er en mer regelorientert organisasjon enn det GATT var, mener dommerne avtalene fortsatt baserer seg på et prinsipp om gjensidige forhandlinger og at WTO er et fleksibelt regelverk. For Domstolen er altså fleksibiliteten redusert fra GATT 1947, men ikke i tilstrekkelig grad.

Jeg mener at det er grunn til å sette spørsmålstegn ved den vekt EF-domstolen synes å tillegge fleksibiliteten i regelverket. Mulighetene det siktes til er ytterst få og WTO-rettens effektivitet, og formålet bak Tvisteløsningsavtalen, bærer preg av et mer fast regelverk.

Domstolen vektlegger også, i sin avgjørelse mot direkte virkning, at Fellesskapets viktigste handelspartnere heller ikke har gjort det samme, og peker på at mangelen på gjensidighet kan medføre ulik anvendelse av avtalens bestemmelser: "...[it] may lead to a disuniform application of the WTO rules".⁵²

Det at en avtale Fellesskapet har tilsluttet seg med et tredjeland må være gjensidig for at Domstolen vil gi den direkte virkning har imidlertid ikke vært utslagsgivende for andre avtaler Fellesskapet er part i, slik som Lomèkonvensjonen, Sveits-avtalen og den tidligere frihandelsavtale med Portugal⁵³. Domstolen har tidligere avvist en innsigelse om at manglende direkte virkning hos en medkontrahent skal føre til samme resultat i Fellesskapet, men det får ikke anvendelse her på grunn av at WTO er mye mer omfattende og at innvirkningen ville bli større, også ettersom medkontrahentene til Fellesskapet hadde full handlingsfrihet.⁵⁴

⁵¹ Premiss 36.

⁵² Premiss 45.

⁵³ The Portugal free trade Agreement.

⁵⁴ Craig and De Búrca, jf. note 7, s. 198.

Dommerne mener derimot at GATT og WTO skiller seg fra de ovennevnte avtalene som mangler gjensidighet i virkningene, ved at de andre enten inneholder asymmetriske forpliktelser eller at de er med på å fremme den europeiske integrasjon.⁵⁵

På bakgrunn av dette kom Domstolen til at WTO-avtaleverket ikke utgjorde regler, men var basert på forhandlinger mellom avtalepartene.

En som kritiserer Domstolen for ikke å ha foretatt en sammenligning med de bilaterale avtalene er S. Peers⁵⁶, som mener at WTO i praksis er mye mer juridisk og mindre politisk enn avtalene i Fellesskapets slektskap. Jeg er enig i dette, men samtidig mener jeg den egentlige begrunnelsen ligger i hensynet til EU-organenes handlingsfrihet.

3.3.3.2 EU-organenes handlingsfrihet

Det avgjørende argumentet i saken er at Domstolen ikke vil frata det lovgivende og det utøvende organ handlingsfrihet:

“To accept that the role of ensuring that Community law complies with those rules devolves directly on the Community judicature would deprive the legislative or executive organs of the Community of the scope for manoeuvre enjoyed by their counterparts in the Community's trading partners”.⁵⁷

Skulle det være opp til dommerne i Domstolen å sikre at fellesskapsbestemmelser var i overensstemmelse med WTO-regelverket, ville kompetansen hos lovgivende og utøvende makt frarøves tilsvarende. Myndighetene ville bli tvunget, på grunn av WTO-bestemmelsenes direkte virkning og forrang, til å gi reglene anvendelse foran nasjonale regler. Dette ville for Fellesskapet kunne medføre uheldige virkninger, særlig der viktige hensyn står på spill.

⁵⁵ Premiss 42.

⁵⁶ S. Peers, Fundamental Right or Political Whim? WTO and the ECJ

⁵⁷ Premiss 46.

Også her viser dommerne til at gjensidigheten mellom Fellesskapet og medkontrahenter ville bli brutt. Alemanno mener dette er et tungtveiende reelt hensyn, da det er en generell oppfatning at en anerkjennelse av direkte virkning hos et WTO-medlem hindrer mulighetene et medlemmet har i beskyttelsen av nasjonale interesser og at det undergraver fleksibiliteten i det multilaterale handelssystemet.⁵⁸

Direkte virkning ville innebære at individer, selskaper og medlemsland ville kunne påberope seg WTO, men *også* traktatpartenes individer og selskaper vil kunne påberope dette i Fellesskapet, uten en gjensidig ordning for EU-borgeren hos medkontrahentene. Dette ville gjøre det umulig for fellesskapsinstitusjonene å beskytte EU-tilhørende bedrifters interesser, særlig der hvor medkontrahentene i WTO utøver konkurransefremmende tiltak.

Et eksempel er hvis EF og USA begge er avtaleparter i en tollsatsavtale for tekstiler i WTO regi, som bestemmer at satsene skal ligge på 13 prosent. Skulle det da etter Fellesskapets side vise seg tvingende nødvendig å heve tollsatsene, eller innføre annen type restriksjon uforenlig med avtalen, som et mottrekk mot avtalebrytende forhold fra USA, eller på grunn av andre forhold, ville EF-domstolen måtte annullere fellesskapsbestemmelsen om økt tollsats.

Et tenkt tilfelle kan være at Nike, som er et amerikansk selskap men med flertallige avdelinger i EU-land, bringer søksmålet inn for de nasjonale domstoler i et medlemsland, med ovennevnte annullasjon som utfall. På den annen side av Atlanteren ville ikke konkurrenten Adidas, som er et tysk selskap med flertallige avdelinger i USA, være like heldig stilt da slike avtaler ikke har direkte virkning der. Sett fra Fellesskapets side vil dette være skadelig da det settes begrensninger for EF-organene på friheten til å fatte viktige beslutninger, og det ville som sagt være en konkurransemessig ulempe for en EU-tilhørende bedrift.

⁵⁸ Se Alberto Alemanno i Harvard International Law Journal, 2004 s. 547-561, på side 551.

Et eksempel på en uheldig *helsepolitisk* konsekvens av direkte virkning viser et konstruert eksempel av Hormones-saken⁵⁹. Sett at USA ønsket å selge genmodifisert kjøtt til EU. Det forutsettes at forholdet reguleres av gjensidige landbruksavtaler i WTO-regi. Ved å nekte å kjøpe kjøttet fra USA som er fremstilt ved genmodifisering kan EU få en avgjørelse mot seg fra tvisteløsningsorganet, som går ut på at det å nekte slik kjøp er WTO-stridig handelshindring.

McDonalds i Frankrike reiser derfor et søksmål for de franske domstoler og påberoper seg bestemmelsene i nevnte WTO-avtale. Ut ifra hovedregelen om at avtaler er bindende for EF-organene og medlemslandene ville dommeren ha måttet annullere den fellesskapsrettslig regel om at kjøtt som er produsert ved genmodifisering er forbudt. På denne måten vil fundamentale spørsmål som om man vil ha genmodifisert kjøtt eller ikke være avgjort i en WTO-avtale og gjennomført av en dommer i EF-domstolen, og ikke gjennom debatt i politiske og mer demokratiske fora i Fellesskapet.

En som forsvarer Domstolens vurderinger her, ut ifra samme hensyn, er A. Rosas⁶⁰, som mener det ut ifra helse, miljø, menneskerettigheter og andre sosiale hensyn må ses positivt på at Fellesskapet ikke er bundet til en direkte virkning av WTO-retten. Rosas peker på at direkte virkning ville fratatt de demokratiske institusjonene i EU en handlingsfrihet, også i forbindelse med balansen mellom handels- og sosiale hensyn.

På bakgrunn av disse hensyn er det antatt at Domstolens viktigste anliggende var å sikre Fellesskapet størst mulig handlingsfrihet.⁶¹

Steve Peers, synes de rettslige argumentene anført i dommen er lite overbevisende og mener, på en noe ironisk måte, at det underliggende hensyn for å avvise direkte virkning er en engstelse hos dommerne om at EFs avtalepartnere ville dra utnytte av en slik situasjon: “Put very bluntly, the Americans and the Japanese (and likely soon the

⁵⁹ WTO Docs. WT/DS26/AB/R og WT/DS48/AB/R.

⁶⁰ Portugal v Council (2000) 37 CMLRev. 797, 815-16 og dommer i EF-domstolen.

⁶¹ Se også Eeckhoutte, jf. note 14, s. 290

Chinese and the Taiwanese) could reap huge commercial advantages from one-sided direct effect of WTO-rules.”⁶²

Jeg mener at Peers' karakteristik ikke er helt treffende her. Jeg mener tvert imot at det reelle hensynet som handlingsfrihet er har stor betydning, noe jeg mener å ha vist gjennom eksemplene over. At det er av faktisk betydning understrekes av at Fellesskapet er involvert i tre av fem tvisteløsningssaker i WTO.⁶³

3.3.3.3 Konklusjon

Basert på fleksibiliteten i WTO-systemet og nødvendigheten av å respektere de andre EF-organene samme handlingsfrihet som sine avtaleparter konkluderer Domstolen med at “... WTO-aftalerne efter deres art og opbygning ikke udgør regler, hvis overholdelse i fællesskabsinstitutionernes retsakter er genstand for efterprøvelse ved Domstolen.” Regelen er etter dette at WTO-avtalene ikke er direkte anvendelige i fellesskapsretten, og de fundamentale utbedringene i GATT systemet har ikke fått Domstolen bort fra sin tidligere praksis.

Det betyr, at det eneste alternativ Domstolen tilbyr fra WTO-rettens direkte uanvendelighet er rettspraksis i Fediol og Nakajima: “Kun såfremt Fællesskabet har ønsket at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtaget forpligtelse, eller når den pågældende fællesskabsretsakt udtrykkeligt henviser til bestemte bestemmelser i WTO-aftalerne, tilkommer det Domstolen at prøve den pågældende fællesskabsretsakts lovlighed efter WTO-bestemmelserne”⁶⁴. Domstolen konkluderer raskt med at unntakene ikke får anvendelse i denne saken, se premiss 51. Unntakene behandles samlet nedenfor i punkt 4.

⁶² S. Peers, Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the ECJ

⁶³ Jf. note 14, side 290 og 291.

⁶⁴ Premiss 49

Domstolens praksis har senere blitt bekreftet i OGT, *Biret* og *Van Parys*.⁶⁵

EF-traktatens artikkel 300 nr. 7 om at internasjonale avtaler er en del av Fellesskapets rettsorden, får etter dette kun symbolsk verdi i forhold til GATT og WTO, da de ikke kan påberopes for etterprøving av annen rett i Fellesskapet. På den annen side har Domstolen utviklet en tolkningsmåte hvor en WTO-bestemmelse kan trekkes inn i en tolkning av en fellesskapsrettsakt. Dette behandles sammen med unntakene i punkt 4.

⁶⁵ Henholdsvis C-307/99, OGT, sml. 2001 s. 3159, C-93/02, *Biret* mot Rådet, [2003] ECR I-10497 og NV Firma Leon Van Parys v. Belgisch Interventie- an Restitutiebureau (BIRB), C-377/02, ikke publisert enda.

4 Unntakstilfelle med direkte virkning

I dette kapitlet vil jeg redegjøre for de unntak som gjør seg gjeldende i forhold til spørsmålet om direkte virkning av GATT og WTO.

4.1 Fediol

Hovedregelen i EU-retten er som vi til nå har sett at WTO-avtalene på grunn av deres art og oppbygning ikke inneholder bestemmelser som har direkte virkning og dermed kan anvendes for en nasjonal domstol eller EF-domstolen. Til dette utgangspunktet finnes det hovedsakelig to domstolsskapte unntak hvor Domstolen vil foreta en prøving av gyldigheten av fellesskapsbestemmelser i forhold til GATT og WTO. Det er der en fellesskapsrettsakt henviser til en bestemmelse i WTO, og der Fellesskapet har villet oppfylle en særlig forpliktelse innenfor WTO.

I Fediol mot Kommissjonen (heretter *Fediol*)⁶⁶ uttalte Domstolen for første gang at den under visse forutsetninger ville prøve gyldigheten av en EU-regel i lys av bestemmelser i GATT. Saken kom for Domstolen 22. juni 1989 på bakgrunn av at Fediol, en interesseorganisasjon for matoljeprodusenter, klagde på en avgjørelse fra Kommissjonen om ikke å igangsette undersøkelser om Argentina utøvde urettmessig handelspraksis i forbindelse med eksport av soyaprodukter. Fediol, som mente sine medlemmer skadelidende, hadde tidligere anmodet Kommissjonen om å iverksette slik undersøkelse da den mente at Argentinas praksis med blant annet statssubsidier i forbindelse med eksport av soyaprodukter var i strid med bestemmelser i GATT.

Det rettslige grunnlaget for Fediols anmodning til Kommissjonen var Forordning 2641/84 som omhandlet beskyttelse mot urettmessig handelspraksis. Artikkel 2(1) i nevnte forordning inneholdt en henvisning til folkeretten, og det ble fra Fediol sin side anført at dette også gjaldt GATT-avtalen. På bakgrunn av denne henvisningen

⁶⁶ C-70/87, Fediol mot Kommissjonen, sml. 1989 s. 1781.

påberopte Fediol seg GATT-bestemmelser til støtte for sitt krav om annullasjon av Kommisjonens avslag, da saken sto for Domstolen. Kommisjonen avviste på sin side dette kravet fra Fediol og viste til Domstolens praksis i tidligere saker, særlig *International Fruit*, vedrørende GATT-bestemmelseres manglende direkte virkning og at de ikke oppfylte kravene til domstolsprøving.

Domstolen tar i premiss 19 utgangspunkt i sine tidligere avgjørelser vedrørende GATT og det forhold at den inneholdt bestemmelser som private ikke kunne påberope seg. På den annen side kan GATT-bestemmelser bidra til tolkningen av en fellesskapsregel der denne viser til nevnte internasjonale avtale: “..., it cannot be inferred from those judgments that citizens may not, in proceedings before the Court, rely on the provisions of GATT in order to obtain a ruling on whether conduct criticized in a complaint lodged under Article 3 of Regulation No 2641/84 constitutes an illicit commercial practice within the meaning of that regulation.”

Domstolen kom i foreliggende sak fram til at: “... GATT provisions form part of the rules of international law to which Article 2(1) of that regulation *refers*, as is borne out by the second and fourth recitals in its preamble, read together”.⁶⁷ Og videre slo Domstolen fast at siden forordningen som avslaget støttet seg på henviste til GATT så fikk også dens bestemmelser anvendelse. Etter EF-domstolens syn skapte forordningen en rett for de berørte private partene til å påberope seg bestemmelser i GATT og dermed til å få prøvet saken/lovligheten av en kommisjonsavgjørelse for EF-domstolen.⁶⁸ GATT-bestemmelsene får altså direkte virkning hvor fellesskapsregler viser til dem, og dermed oppstår en avledet rett. Det at GATT inneholdt egne mekanismer for løsning av tvister var ikke en tilstrekkelig grunn til at Domstolen ikke ville tolke dens bestemmelser.⁶⁹

Domstolen ønsket altså å kunne kontrollere om rettigheter tilkjent borgerne gjennom fellesskapsbestemmelser ble ivaretatt, også der hvor bestemmelsene viser til

⁶⁷ Premiss 19.

⁶⁸ Premiss 22.

⁶⁹ Premiss 21.

internasjonal rett, som i seg selv ikke gir borgerne en slik rett. Forholdet kan sammenlignes med det som i Norge kalles inkorporasjon, det vil si tilfeller der norske myndigheter ønsker å gjøre fremmed rett til norsk regel gjennom å lage en henvisning fra den norske regelen. For eksempel EMKs inkorporering i menneskerettighetsloven.

Kravet til *Fediol* ble likevel til slutt avvist da Domstolen ikke fant noen av de anførte GATT-bestemmelsene i strid med Kommisjonens handling etter Forordning No 2641/84.

4.2 Nakajima

Like etter *Fediol* dukket det opp et unntak til fra den etablerte regel om at GATT-avtalen ikke har direkte virkning, og at Domstolen ikke kan prøve gyldigheten av en fellesskapsregel i lys av GATT, i saken *Nakajima* mot Rådet (heretter *Nakajima*).⁷⁰ Jeg vil i det følgende søke å redegjøre for unntaksbestemmelsens innhold.

Årsak til at saken kom opp var at *Nakajima*, et japansk selskap som drev handel med kopieringsmaskiner, fikk et vedtak rettet mot seg som inneholdt en avgjørelse om antidumpingtoll på 12 % på de produkter som det ønsket å eksportere til Fellesskapet. Bakgrunn for straffetollen var anklager om at selskapet drev prisdumping eller subsidiert eksport på de maskiner som ble import inn til Fellesskapet.

Denne gangen dukket ikke spørsmålet opp i form av et krav på annullasjon av en bestemmelse eller handling fra Fellesskapet, men som et krav om at en Forordning som omhandlet antidumpingregler ikke skulle anvendes etter EF-traktatens artikkel 241⁷¹ der den bryter med GATTs antidumpingskodeks. Både forordningen og GATT-bestemmelsene gjaldt antidumpingregler.

⁷⁰ C-69/89, *Nakajima* mot Rådet, sml. 1991 s. 2069.

⁷¹ ”Uanset udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 230, stk. 5, kan hver part i en retstvist, der angår en forordning udstedt af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, af Rådet, af Kommissionen eller af ECB for Domstolen påberåbe sig de i artikel 230, stk. 2, nævnte grunde og føre gældende at forordningen ikke kan finde anvendelse.”

Saken var også spesiell da det heller ikke ble anført fra Nakajima sin side at GATT var umiddelbart anvendelig,⁷² og hadde direkte virkning,⁷³ men at forordningens gyldighet allikevel kunne etterprøves ved et direkte ugyldighetssøksmål. Rådet, med støtte fra Kommisjonen, var uenig og hevdet med støtte i tidligere rettspraksis at GATT-avtalens manglende direkte virkning medfører at private ikke kan påberope seg dens bestemmelser.

Nakajima vant ikke fram med sitt endelige krav om at straffetoll på dens kopieringsmaskiner skulle fjernes. Imidlertid var Domstolen enig i at gyldigheten av forordningen kunne prøves av Domstolen i lys av GATT-bestemmelser. Domstolen var også enig i at saken ikke gjaldt direkte virkning, til tross for påstanden om at gyldigheten av en fellesskapsregel må ses i lys av GATTs antidumpingkodeks.

EF-domstolen utvidet i saken området for å se på når en fellesskapsbestemmelse er i overensstemmelse med bestemmelser i en internasjonal avtale og sin egen kompetanse til å tolke nevnte avtale. Begrunnelsen er at Domstolen i dette tilfelle så det slik at forordningen var blitt vedtatt med henblikk på å oppfylle Fellesskapets internasjonale forpliktelser. Den omstridte forordningen var altså blitt vedtatt i overensstemmelse med GATTs artikkel VI og antidumpingkodeksen.

“It follows that the new basic regulation, which the applicant has called in question, was adopted *in order to comply with* (min kursiv) the international obligations of the Community, which, as the Court has consistently held,⁷⁴ is therefore under an obligation to ensure compliance with the General Agreement and its implementing measures ...”.⁷⁵ På bakgrunn av at Fellesskapet hadde påtatt seg en internasjonal forpliktelse påhvilte det altså Domstolen å sikre en overholdelse av GATT og dens gjennomføringsbestemmelser i saken.

⁷² Premiss 28.

⁷³ Se om dette i punkt 3.3.

⁷⁴ Domstolen viser her tilbake til tidligere praksis i C-104/81 Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg, premiss 11 og C-266/81 SIOT mot Ministero delle Finanze and Others, premiss 28.

⁷⁵ Premiss 31.

At Fellesskapet ønsket å påta seg en forpliktelse i forbindelse med antidumpingkodeksen følger etter Domstolens syn for det første av at bestemmelsene i GATTs antidumpingkodeks er bindende for Fellesskapet:

“(…) The same conclusion must be reached in the case on the Anti-Dumping Code, which was adopted for the purpose of implementing Article VI of the General Agreement and the recitals in the preamble to which specify that it is designed to ‘interpret the provisions of ... the General Agreement’ and to ‘elaborate rules for their application in order to provide greater uniformity and certainty in their implementation’.”⁷⁶

For det annet følger det av en tolkning av den bestridte Forordning og dens fortale, gjennom en henvisning til antidumpingkodeksen, at Fellesskapet hadde ment å forplikte seg: “According to the second and third recitals in the preamble to the new basic regulation, it was adopted in accordance with existing international obligations, in particular those arising from Article VI of the General Agreement and from the Anti-Dumping Code.”⁷⁷

Disse momentene var avgjørende for at den internasjonale bestemmelsen, til tross for at den manglet direkte virkning, fikk anvendelse som et kriterium i vurderingen av gyldigheten av en fellesskapsrettsakt. Dommene i sakene *Fediol* og *Nakajima* kunne ses som en åpning for en mindre restriktiv praksis, men ifølge Paulander ble ikke det tilfellet.⁷⁸

Unntakene i sakene *Fediol* og *Nakajima* er senere blitt bekreftet i flere saker. Det ble blant annet referert til begge i *Tyskland mot Rådet*⁷⁹ hvor det slått fast, i tråd med *Nakajima*, at Domstolen har anledning til å prøve gyldigheten av en fellesskapsbestemmelse i forhold til GATT-avtalen der hvor Fellesskapet har villet

⁷⁶ Premiss 29.

⁷⁷ Premiss 30.

⁷⁸ H. Paulander, *Europarättslig tidskrift*, 2000, s. 501.

⁷⁹ C-280/93, referert til i punkt 2.5.

oppfylle en *særlig* forpliktelse i GATT-avtaleverket: "... it is only if the Community intended to implement a particular obligation entered into within the framework of GATT ..."⁸⁰.

I tråd med *Fediol* vil kravet for at Domstolen i framtiden vil tolke GATT-bestemmelser være at fellesskapsregelen det er snakk om *uttrykkelig* henviser til presise bestemmelser i overenskomsten.

Både *Fediol*- og *Nakajimadoktrinen* utvidet EF-domstolens adgang til legalitetskontroll. Disse gjelder strengt talt kun i tilfelle av GATT-bestemmelsene, men i *Portugal-saken* slo EF-domstolen fast at unntakene også var anvendelige for WTO-bestemmelsene.

4.3 WTO konform tolkning

Det har også forekommet at Domstolen har gjort WTO vennlige tolkninger. Det vil si, at hvor det i tolkningen av en fellesskapsregel oppstår mer enn en forståelse eller den fremstår som uklar, så vil WTO-bestemmelsen kunne trekkes inn som støtte for en tolkning som er mer i samsvar med ordlyd og formål i WTO-bestemmelser, jf. sakene *Kommisjonen mot Tyskland*⁸¹ premiss 52 og *Heidelberger Bauchemie*⁸² premiss 20. På denne måten har Domstolen utviklet et nyttig verktøy for å forsikre at fellesskapsretten er i overensstemmelse med WTO-avtalene.

⁸⁰ *Tyskland mot Rådet*.

⁸¹ C-61/94, *Commission v Germany*, [1996] ECR I-3989.

⁸² C-49/02, *Heidelberger Bauchemie* [2004].

5 Har avgjørelser fra WTOs tvisteløsningsorgan direkte virkning

I dette kapitlet vil jeg analysere to dommer, *Biret* og *Van Parys*, for å se hvilken virkning avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet har i Fellesskapet.

5.1 Innledning

Det er nå utvilsomt at WTO-avtalene ikke har direkte virkning i Fellesskapet, da avtalene har til formål å regulere og forvalte forholdet mellom stater eller regionale organisasjoner for økonomisk integrasjon, og ikke å beskytte, eller gi rettigheter til privatpersoner. Det er den klare hovedregel at det ikke vil bli foretatt domstolsprøving av avtaleverket i den hensikt å kontrollere lovligheten av en rettsakt av Fellesskapet, eller gjøre ugyldig lovgivning i medlemsstatene. Unntakene fra dette er når Kommisjonen og Rådet har ment å gi en regel i WTO-avtalene direkte virkning gjennom enten å henvise til en av dens bestemmelser eller det gjennom en fellesskapsregel er ment å oppfylle en påtatt forpliktelse innenfor WTO.

Etter avgjørelsen om WTO-avtalenes status i *Portugal* dukket det opp spørsmål om hvilken virkning avgjørelser fra WTOs Tvisteløsningsorgan hadde i Fellesskapet. Spørsmålet om avgjørelsene har direkte virkning kom inn i to forskjellige konstellasjoner til Domstolen. For det første om private *kunne kreve erstatning*, på grunn av tap de ble påført ved at Fellesskapet var i uoverensstemmelse med henstillinger fra WTO sitt tvisteløsningsorgan. Dette var problemstillingen i *Biret*.⁸³

Konstellasjon to var om Tvisteløsningsorganets avgjørelser, der tidsfristen for etterlevelsen av vedtaket var utløpt, har direkte virkning i sak om annullering av en fellesskapsrettsakt. Dette var problemstillingen i *Van Parys*, avsagt av EF-domstolen i

⁸³ Samme spørsmål var oppe i en tidligere sak, C-104/97 *Atlanta* mot Kommisjonen, men ble ikke tatt stilling til da saken ble forkastet på grunn av prosessuelle feil.

storkammer 1. mars 2005 og problemstillingen var om Tvisteløsningsorganet, etter at tidsfristen er utløpt, er direkte anvendelig i Fellesskapet.

Før jeg går videre med problemstillingene slik de kom opp i dommene, vil jeg kort redegjøre hva som skiller Tvisteløsningsorganets avgjørelser i spørsmålet om direkte virkning fra WTO-avtalene. Dette vil være relevant for begge de ovennevnte sakene.

For det første vil det være konstatert et brudd på Fellesskapets forpliktelser av et kompetent organ. Det er forutsatt at avgjørelsen skal være bindende, og ifølge Tvisteløsningsavtalen skal en henstilling fra Tvisteløsningsorganet gjennomføres betingelsesløst og straks.⁸⁴

I *Portugal* var det ikke uoverensstemmelse mellom WTO-medlemmer, men i en eventuell konflikt i WTO-sammenheng ville Fellesskapet hatt en mulighet til forhandling med en medkontrahent, med tanke på et endelig resultat. Dette stiller seg annerledes etter at en sak er brakt inn for, og avgjort av, Tvisteløsningsorganet. I et slikt tilfelle vil, ifølge Generaladvokat Alber: "... der ikke findes noget varigt alternativ til gennemførelsen af DSB's henstillinger eller afgørelser. Navnlig kan de ikke omgås gennem forhandlinger mellem parterne."⁸⁵

Handlingsfriheten til fellesskapsorganene begrenses ifølge Alber heller ikke ved at WTO-retten tillegges direkte virkning her.⁸⁶ Strengt tatt vil heller ikke utbetaling av erstatning til private aktører som blir berørt av WTO-stridig atferd fra fellesskapets side føre til en begrensning av den forhandlingsfrihet Kommisjonen og Rådet har. Men det vil være et incentiv til å fjerne WTO-uforenlige bestemmelser.⁸⁷

⁸⁴ Tvisteløsningsavtalen art. 17, stk. 14.

⁸⁵ Forslag til avgjørelse i *Biret*, premiss 81.

⁸⁶ Slik også Alber i forslag til avgjørelse i saken, premiss 86.

⁸⁷ Slik også Alber i forslag til avgjørelse, premiss 94; "Et erstatningssørgsmål tilsigter ifølge retspraksis ikke en opphevelse af en bestemt foranstaltning, men erstatning for tab, som er forårsaget av en fællesskabsinstitution."

Ifølge Alemanno er Tvisteløsningsavtalen en regelorientert løsningsmekanisme, og dens formål er å sørge for sikkerhet og forutsigbarhet i WTO. På den ene side kreves det at avtalepartene i WTO følger de bestemmelser som WTO-avtaleverket oppstiller. På den annen side kan brudd på WTO bare føre til at det settes økonomisk og politisk press for å få den brytende part til å rette seg etter WTO-bestemmelsene, ettersom folkeretten generelt mangler et effektivt håndhevingssystem. Økonomisk press utøves gjennom straffetoll mot den brytende part og vil ikke nødvendigvis resultere i at WTO-stridige bestemmelser trekkes tilbake. Kostnadene av å føre en politikk i strid med WTO er det i hovedsak de private firmaene som må bære gjennom å bli påført tilleggsavgifter, gjennom straffetoll, på sine produkter. Det er hensynene til de private aktørene innenfor WTO-avtaleverket Domstolen må ta stilling til uten at Fellesskapets diskresjon på området svekkes.⁸⁸

Svaret på spørsmålet om Tvisteløsningsorganets virkning i Fellesskapet er interessant da det, som vi skal se, er avgjørende for forholdet mellom maktinstitusjonene i EF, spenningsforholdet mellom private aktører og medlemslandene og fundamentale spørsmål som hvem som skal sitte igjen med regningen for den politikk som føres. Siden WTO-avtaleverket ikke selv gir svar på spørsmålet om individers stilling, er det opp til de nasjonale domstoler å avgjøre det og hittil har visstnok ikke noen domstol i et WTO-land anerkjent individers rett til å påberope seg en avgjørelse fra Tvisteløsningsorganet i en erstatningssak mot en medlemsstat.⁸⁹

I begge dommene hadde Tvisteløsningsorganet konstatert at fellesskapsregler var i uoverensstemmelse med WTO-retten. I *Biret* var ikke den rimelige tidsfrist som ble tilstått Fellesskapet utløpt, noe den var i *Van Parys*.

⁸⁸ Jf. note 58, s. 552 og 553.

⁸⁹ Jf. note 58, s. 547-564.

5.2 Biretdommen

Saken gjelder et erstatningskrav og det vil derfor være erstatningsbestemmelsene i fellesskapsretten som må følges, og ikke doktrinen om “direkte virkning”. Disse henger imidlertid sammen, slik at vurderingen stort sett vil være de samme.⁹⁰

5.2.1 Sakens bakgrunn og faktum

Biret International var et fransk mathandelsselskap, som blant annet baserte sin virksomhet på import av kjøtt fra USA. Importen ble begrenset av fellesskapsrettslige bestemmelser som forbød kjøtt fra USA, fordi dyrene var behandlet med visse hormontilskudd. Biret krevde erstatning for de tap som oppsto som følge av dette, og hevdet at importforbudet var i strid med WTO-retten slik den var fastlagt av Tvisteløsningsorganet. Selskapet ba Domstolen holde Fellesskapet ansvarlig på grunn av manglende gjennomføring av avgjørelsen fra Tvisteløsningsorganet.

Tvisteløsningsorganet fattet 13. februar 1998 i *Hormones-saken*,⁹¹ avgjørelse om at fellesskapsrettslige bestemmelser som inneholdt importforbud av kjøtt fra USA var i strid med Avtalen om veterinære og plantesanitære tiltak (heretter SPS-avtalen) i WTO-avtaleverket. Det ble i saken fastslått at Fellesskapets direktiv som forbød import av kjøtt fra dyr behandlet med visse hormontilskudd var i strid med artikkelene 3.3 og 5.1 i SPS-avtalen. Avgjørelsen inneholdt en rekommandasjon om at “tvistlösningsorganet [skulle] anmoda Europeiska gemenskapen att tillse att de åtgärder som visat sig oförenliga med [SPS]-avtalet görs förenliga med de förpliktelser som åvilar den enligt nämnda avtal”.⁹²

Fellesskapet anførte at det ville oppfylle sine forpliktelser, men trengte tid på seg til å gjøre dette. Fra Fellesskapets side innebar dette at de ville fremskaffe tilstrekkelige vitenskapelige bevis på de helsemessige skadene som det mente fulgte av

⁹⁰ Slik også Paulander, jf. note 78.

⁹¹ European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (*Hormones*), complaint by the United States, WT/DS26/AB/R.

⁹² Premiss 21.

hormonbehandlet kjøtt.⁹³ Jf. artikkel 21.3 i overenskomsten ble EU tilkjent en 15 måneders tidsfrist av Tvisteløsningsorganet, som utløp 13. mai 1999.⁹⁴ Det ble senere fastslått av Tvisteløsningsorganet at Fellesskapet fortsatt var i uoverensstemmelse med SPS-avtalen etter utløpet av fristen.⁹⁵

5.2.2 Virkningen av avgjørelser fattet av Tvisteløsningsorganet etter *Biret* i saker om erstatning

Den overordnede problemstilling var om private aktører kunne kreve erstatning, for tap de lider som følge av WTO-medlemmers mangelfulle gjennomføring av Tvisteløsningsorganets bestemmelser.

For å kunne avgjøre erstatningskravet er det nødvendig å finne ut om private rettssubjekter kan påberope seg Tvisteløsningsorganets avgjørelser, slik at domstolene kan vurdere om EU-institusjonene har opptrådt rettmessig. Videre må de tradisjonelle erstatningsvilkårene økonomisk tap og årsakssammenheng også foreligge for at erstatning vil bli tilkjent⁹⁶.

Spørsmålene som skal besvares i det følgende er altså hvilke rettslige virkninger avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet har i Fellesskapet i sak om erstatning. Kan private bedrifter påberope seg Tvisteløsningsorganets avgjørelser overfor domstolene hos tapende WTO-medlemmer?

Kravet fra *Biret* var å få erstatning for økonomisk tap gjennom at Domstolen holder Fellesskapet ansvarlig for ikke å ha implementert avgjørelsen fra Tvisteløsningsorganet

⁹³ Dette er en mulighet jf. SPS-avtalen.

⁹⁴ Overenskomsten om regler og prosedyrer for tvisteløsning, som utgjør bilag 2 til avtalen om opprettelsen av WTO. (Tvisteløsningsavtalen)

⁹⁵ Som en konsekvens av dette USA og Canada autorisert av Tvisteløsningsorganet til å rette mottiltak mot EU. Sak WT/DS26/ARB.

⁹⁶ Disse vilkårene vil ikke bli behandlet i avhandlingen fordi de ikke er avgjørende for spørsmålet om WTO-rettens virkning i Fellesskapet.

i *Hormones-saken*. I denne sammenheng påberopte Biret seg EF-traktatens artikkel 235 jf. 288(2).

For at erstatning skal bli tilkjent etter artikkel 288(2)⁹⁷ må tre vilkår være oppfylt. På bakgrunn av rettspraksis kan det utledes at hovedbetingelsene for erstatning er at det foreligger en rettsstridig atferd fra institusjonenes side, at det foreligger et tap for den som berøres og at det er årsakssammenheng mellom tapet og institusjonenes atferd. Betingelsene ble første gang formulert i sak 4/96, Lütticke mot Kommisjonen, og har siden blitt lagt til grunn for Domstolens og Førsteinstansens praksis.⁹⁸ Utover dette kreves det også at rettsregelen Fellesskapet har tilsidesatt er umiddelbart anvendelig og har til formål å beskytte den som har lidt et tap.⁹⁹ Spørsmålet her blir da om det foreligger en tilsidesettelse av en regel som har til formål å beskytte borgernes rettigheter.

Førsteinstansdomstolen viste til tidligere praksis om GATT og WTO, og mente at det ikke kunne bli tale om erstatning da avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet ikke hadde direkte virkning. Årsaken til manglende direkte virkning lå i at Tvisteløsningsorganets avgjørelse av SPS-avtalen var direkte forbundet til Avtaleverkets manglende direkte virkning,

“[t]here is an inescapable and direct link between the decision and the plea alleging infringement of the SPS Agreement, and the decision could therefore only be taken into consideration if the Court had found that Agreement to have direct effect in the context of a plea alleging the invalidity of the directives in question.”¹⁰⁰

⁹⁷ ”For så vidt angår ansvar uden for kontraktsforhold, skal Fællesskabet i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv.” jf. artikkel 288(2). Det følger av artikkel 235 at Fellesskapets rettsinstanser har enekompetanse til å avgjøre disse sakene. Se EU-Karnov 2001.

⁹⁸ Se EU-Karnov 2001, note 15 til artikkel 288(2).

⁹⁹ Generaladvokat Albers forslag til avgjørelse i saken, premiss 38.

¹⁰⁰ Se Førsteinstansdomstolens sak T-174/00, premiss 67.

Tvisteløsningsorganet sine avgjørelser har altså kun direkte virkning dersom SPS-avtalen hadde hatt det. Og ifølge tidligere rettspraksis har ikke WTO-avtalene direkte virkning.¹⁰¹ Biret påberopte seg også erstatningsansvar på andre grunnlag, men disse ble forkastet av Førsteinstansdomstolen på grunn av prosessuelle feil.¹⁰²

Biret anket avgjørelsen til Domstolen, og fikk medhold av Generaladvokaten i saken: “Det må derfor legges til grund, at WTO-retten er umiddelbart anvendelig, når det er fastslået i Tvisteløsningsorganets henstillinger eller avgjørelser, at en fællesskabsforanstaltning er uforenelig med WTO-retten, og Fællesskabet ikke har gennemført henstillingerne eller afgørelsen inden for en rimelig fastsat frist.”¹⁰³ Generaladvokaten mente at avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet hadde direkte virkning når henstillingene ikke var gjennomført innenfor den rimelige tidsfrist, og ikke bare (men også) i sak om erstatning.

Årsakene til at Alber trekker en slik konklusjon er først og fremst at han mener institusjonene ikke har noen handlingsfrihet etter at Tvisteløsningsorganet har gitt sine innstillinger og at det er urimelig at private økonomiske operatører skal lide tap som følge av WTO-stridigheter.¹⁰⁴

Generaladvokaten mener at pliktene EF har etter WTO-retten tar en rettslig forpliktende form i det øyeblikk den rimelige tidsfristen er utløpt, og samtidig blir en bestemmelse med direkte virkning. Alber trekker også fram at legalitetsprinsippet i fellesskapsretten taler for å gi avgjørelsene direkte virkning.¹⁰⁵

Når det gjelder utbetaling av erstatning til private som blir berørt av WTO-stridig atferd fra Fellesskapets side, vil ikke det ifølge Alber, føre til en begrensning av den forhandlingsfrihet Kommisjonen og Rådet har.¹⁰⁶ Jeg er i utgangspunktet enig med

¹⁰¹ Se Førsteinstansdomstolens sak T-174/00, premiss 60.

¹⁰² Dette vil ikke bli fulgt opp her da spørsmålene ikke er relevante for virkningen av WTO i Fellesskapet.

¹⁰³ Generaladvokat Albers forslag til avgjørelse i C-93/02, *Biret*, premiss 114.

¹⁰⁴ *Ibid*, premissene 92 og 94.

¹⁰⁵ *Ibid*, premiss 103.

¹⁰⁶ *Ibid*, premiss 94.

Alber i dette, og jeg mener det vil være et incentiv til å fjerne WTO-uforenlige bestemmelser. Slik jeg har forstått Alber mener han at utløpte tvisteløsningsavgjørelser fra DSB skal ha direkte virkning uansett kravet.¹⁰⁷ Dette vil medføre at det også vil være mulig å påberope seg Tvisteløsningsorganets utløpte avgjørelser i et krav om annullasjon av en fellesskapsrettsakt.

Domstolen forkastet anken fra Biret. Men med begrunnelse om at selskapet ikke led økonomisk tap etter fellesskapets utløpsfrist av Tvisteløsningsorganets avgjørelse den 13. mai 1999, i og med at Biret gikk konkurs i 1995.¹⁰⁸

Det som er interessant i dommen er for det første at den ikke avgjøres på grunnlag av manglende direkte virkning, og for det annet, at Førsteinstansdomstolen kritiseres for å ha snevret inn spørsmålet om virkningen av Tvisteløsningsorganets avgjørelser til WTOs manglende direkte virkning. Domstolen nøyde seg altså ikke bare med å fastslå at kravet til økonomisk tap ikke var oppfylt.

I den videre fremstilling vil jeg se på hva det er Førsteinstansdomstolen kritiseres for og hvilken betydning det kan ha i fremtidige saker.

Domstolen tar i premiss 51 utgangspunkt i erstatningsbestemmelsen i artikkel 288(2)¹⁰⁹ og vilkårene for erstatning. Deretter viser den til tidligere rettspraksis om at WTO-retten etter sin art og oppbygning i utgangspunktet ikke kan prøves av EF-domstolene i forhold til å vurdere lovligheten av fellesskapsregler. I neste avsnitt foretas en kort gjengivelse av unntakene fra *Fediol* og *Nakajima*.¹¹⁰

I premiss 55 siterer Domstolen Førsteinstansdomstolens uttalelse om den direkte forbindelse mellom Tvisteløsningsorganet og WTO:

¹⁰⁷ En slik forståelse viser også Alemanno, jf. note 58, s. 556 og 557.

¹⁰⁸ Det er Birets bo som fører erstatningssaken.

¹⁰⁹ I dommen refereres det til artikkel 215(2) i EF-traktaten. Denne er etter Nice-traktaten flyttet til 288(2).

¹¹⁰ Premiss 52 og 53.

“... the decision of the DSB of 13 February 1998 was inescapably and directly linked to the plea alleging infringement of the SPS-agreement, it could be taken into consideration only if the Court had found that Agreement to have direct effect in the context of a plea alleging the invalidity of the directives in question.”

Tvisteløsningsorganet sine avgjørelser kunne ifølge Førsteinstansdomstolen bare ha direkte virkning såfremt de avtalene bestemmelsene bygger på også har det.

Førsteinstansdomstolens begrunnelse var ikke tilstrekkelig for Domstolen: “Such reasoning does not suffice, however, to deal with the plea put forward by the applicant at first instance concerning infringement of the SPS Agreement.”¹¹¹

Domstolen mener at det er rettsvirkningene av Tvisteløsningsorganets uttalelser i forhold til Fellesskapets tidligere bedømmelse av WTO-rettens manglende direkte virkning, og spørsmålet om disse kan motivere EF-domstolene til å prøve lovligheten av direktiv i erstatningssaker, som må avgjøres. I premiss 57 uttaler Domstolen at:

“It further fell to the Court of First Instance to address the argument that the legal effects of the DSB decision of 13 February 1998 vis-à-vis the European Community called into question the Court's finding that the WTO rules did not have direct effect and provided grounds for a review by the Community Courts of the legality of Directives 81/602, 88/146 and 96/22 in the light of those rules in the action for damages brought by the then applicant.”

Førsteinstansdomstolen kritiseres altså for å ikke gi avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet selvstendig betydning.

Spørsmålet som umiddelbart dukker opp er hvorfor Domstolen kritiserer Førsteinstansdomstolen for å ha anvendt tidligere rettspraksis om manglende direkte virkning i WTO-avtaleverket direkte på Tvisteløsningsorganets avgjørelser. Uten å klargjøre problemstillingen nærmere stenger i alle fall ikke Domstolen etter min mening

¹¹¹ Premiss 56.

her for at avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet kan få innvirkning på fellesskapsrettslige bestemmelser.

En betingelse må være at alle frister Fellesskapet er tilstått av Tvisteløsningsorganet i oppfyllelsen av WTO-avtalene må være utløpt. Om dette sier Domstolen: "... the period prior to 13 May 1999, the Community Courts cannot, in any event, carry out review of the legality of the Community measures in question, ..." ¹¹². Årsaken til det er at den tilståtte tidsfrist ville gjøres ineffektiv hvis Domstolen skulle avgjøre en sak før tidsfristens utløp. ¹¹³

Domstolen holder etter min mening i premiss 64, til tross for at de nødvendige betingelsene ikke er oppfylt i saken, muligheten åpen for å prøve nærmere hvilke konsekvenser det kan få for private at Fellesskapet opprettholder bestemmelser i strid med tvisteløsningsorganets bestemmelser. Bortsett fra vilkåret om at en rimelig tidsfrist som er tilstått Fellesskapet i en DSB-avgjørelse må være utløpt, utvikler ikke dommerne kriterier som må være oppfylt for at de i liknende saker i framtiden vil ta betraktning Tvisteløsningsorganets avgjørelser.

På bakgrunn av EF-domstolens resonnementer i Biret mener jeg det åpnes for å skille mellom WTO-avtalenes direkte virkning og virkningen av avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet. Det er ikke godt å si om det er dette dommerne har ment og en like plausibel tanke er at Domstolen skiller mellom annullasjonskrav og erstatningskrav. Hvor det kun er sistnevnte som vil kunne vinne fram i EF-domstolen.

5.3 Van-Parys saken

5.3.1 Sakens bakgrunn og faktum

Spørsmålet dukket temmelig raskt opp i en ny sak for Domstolen. En belgisk bananimportør, Van Parys, hevdet at den ble påført en ulovlig restriksjon i

¹¹² Premiss 62.

¹¹³ På bakgrunn av dette vil det ikke være farbart å påberope seg erstatning kun med grunnlag i en WTO-avtale, se første avsnitt under punkt 5.2.2.

importtillatelse på bananer fra Ecuador, da den fikk sine opprinnelige søkte mengder redusert. Den omstridte importlisensen ble utstedt av statlig belgisk organ, Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (heretter BIRB), på bakgrunn av fellesskapsbestemmelser vedrørende bananimport.¹¹⁴ Van Parys mente at BIRBs handling var ugyldig fordi fellesskapsrettsaktene, som BIRB forholdt seg til, var i strid med GATT 1994.¹¹⁵ Saken sto for en belgisk forvaltningsdomstol,¹¹⁶ som valgte å henvise spørsmålet om WTO-stridigheter til EF-domstolen, jf. artikkel 234 i EF-traktaten.

I WTO avgjorde Tvisteløsningsorganet den 25. september 1997 at Fellesskapets Forordning 404/93, vedrørende bananimport, var i uoverensstemmelse med artiklene I: 1, XIII: 1; XIII: 2 i GATT 1994. Fellesskapet fikk en frist på 15 måneder og en uke til å rette opp uoverensstemmelsen.

Fellesskapet endret sitt importsystem av bananer innenfor den frist som satt av Tvisteløsningsorganet.¹¹⁷ Ecuador mente at Fellesskapets nye importregulering fortsatt var i strid med WTO-avtalen GATT 1994 og ba om en panelbehandling av Fellesskapets nye ordning. Panelbehandlingen av saken endte med at Tvisteløsningsorganet den 6. mai 1999 på ny fastslo at fellesskapsbestemmelser var i uoverensstemmelse med WTO-bestemmelsene. Det var derfor klart at fellesskapsrettsakten, til tross for endringer, var i strid med WTO-avtaleverket.¹¹⁸

På bakgrunn av henstillingen fra DSB hevdet Van Parys avgjørelsene fra BIRB var ulovlige som en følge av at bestemmelsene som regulerte import av bananer til Fellesskapet var i strid mot GATT, 1994 slik det var anført av Tvisteløsningsorganet i WTO.

¹¹⁴ Blant annet Rådets Forordning 404/93 av 13. februar 1993, som regulerte bananhandel med tredjeland ut ifra en kvotedifferensiering etter opprinnelsesland.

¹¹⁵ Det ble også anført prinsippet om legitim forventning og prinsippet om god tro i folkeretten.

¹¹⁶ Raad van State (Belgia)

¹¹⁷ Rådet endret Forordning 404/93 ved å vedta en ny bestemmelse, 1637/98 av 20. juli 1998.

¹¹⁸ Slik også Generaladvokat Tizzano i forslag til avgjørelse i sak C-377/02, premiss 82.

Domstolen fikk seg forelagt fire spørsmål av den belgiske domstolen, hvor tre spørsmål omhandlet gyldigheten av de omstridte fellesskapsbestemmelsene i lys av artiklene I og XIII i GATT 1994, og betydningen av at Tvisteløsningsorganets fattet avgjørelse mot EU, for virkningsspørsmålet innad i Fellesskapet.¹¹⁹

Den overordnede problemstilling i saken var om avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet, hvor den rimelige tilståtte tidsfrist var utløpt, har direkte virkning i Fellesskapet og i den forbindelse om Domstolen kan annullere fellesskapsrettsakter på bakgrunn av avgjørelsen.

5.3.2 Hvilken virkning har avgjørelser fattet av Tvisteløsningsorganet etter Van Parys

Domstolens begrunnelse i tidligere saker for ikke å ville gi WTO-avtalene direkte virkning var avtaleverkets karakter av gjensidighet og mulighet for forhandling. Ett av spørsmålene som da må besvares, er i hvilken grad gjensidighet og forhandling fortsatt er mulig innenfor WTO-avtaleverket etter at Tvisteløsningsorganet har vedtatt et brudd på en WTO-avtale og tidsfristen medlemmene har til å endre nasjonale bestemmelser er utløpt.

Videre er det nødvendig å se om Fellesskapet gjennom sin handling, ved endring av WTO-stridige bestemmelser, mente å ta på seg en forpliktelse til oppfyllelse jf. Nakajimadoktrinen.¹²⁰

Kravet fra Van Parys var å få økt sin importmengde på bananer fra Ecuador gjennom at EF-domstolen kjente ugyldig de fellesskapsbestemmelser som BIRB la til grunn når de

¹¹⁹ Domstolen samlet, på bakgrunn av generaladvokatens forslag til avgjørelse, spørsmål 1, 3 og 4. Se premiss 37 i dommen. Den andre problemstillingen gjaldt spørsmålet om ovennevnte fellesskapsregler var i overensstemmelse med artikkel 4, om bestevilkårsbehandlingsbestemmelsen, i rammeverksavtalen. Ettersom denne ikke tilfører noe til spørsmålet om virkningen av WTO-avtalene utover problemstillingen, vil jeg ikke behandle denne.

¹²⁰ Spørsmålet behandles i punkt 5.3.3.

utstedte (den mengdebegrensede) importlisensen på bananer, i den grad de var uforenlige med bestemmelser i GATT 1994 slik de var tolket av Tvisteløsningsorganet.

Generaladvokaten i *Van Parys*, Tizzano, fulgte Generaladvokat Albers linje og argumentasjon i *Biret* og ga Van Parys medhold i at fellesskapsbestemmelsene vedrørende bananimport var ugyldige:

“..., I therefore propose that the Court should reply to the first, third and fourth questions, as reformulated, to the effect that the Community regime for the import of bananas based on Regulation No 404/93 as amended and on the regulations adopted to implement that regulation *is invalid inasmuch as it is inconsistent with the WTO rules as established by the DSB* (min utheving) on 25 September 1997 and confirmed by the same body on 6 May 1999.”¹²¹

Tizzano var også enig med Albers synspunkt om at når alle fremgangsmåter overfor Tvisteløsningsorganet er avsluttet, så finnes det ikke lenger noen mulighet for forhandlinger eller alternativ oppfyllelse og fleksibilitet med hensyn til oppfyllelsen for den tapende part.

Men det avgjørende for Tizzano er, etter min mening, at *Domstolen* i *Biret* ikke forkastet Albers argumentasjon hva gjaldt hvilken betydning avgjørelser fattet av Tvisteløsningsorganet har for vurderingen av gyldigheten til sekundærrettslige EF-bestemmelser. EF-domstolen mente, som vi har sett, at Førsteinstansdomstolen begikk en feil i saken ved å ikke tillegge avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet selvstendig betydning.

Uttalelsen fra Domstolen fikk altså Generaladvokat Tizzano til å stille seg følgende retoriske spørsmål; hvis det var slik at anvendelsen av tidligere rettspraksis om manglende direkte virkning skulle blitt automatisk videreført til også å gjelde avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet, hvorfor skulle da Førsteinstansdomstolen kritiseres for å ha foretatt en slik videreføring.

¹²¹ Premiss 83 i Tizzanos forslag til avgjørelse i C-377/02 (ikke publisert ennå).

I premiss 79 i sitt forslag sier Tizzano: “..., what seems to me to be important for present purposes is that the judgement in Biret did not, in any event, reject Advocate General Alber's view. Since, as I have said, I consider that that view ought to be accepted, I take the liberty of advancing it again in this context and applying it to the present case.”

Tizzano ønsket å videreutvikle synspunktet om at avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet kan ha direkte virkning, og i den forbindelse stiller han opp to vilkår for at Domstolen skal ha kompetanse til å prøve dens avgjørelser mot gyldigheten av fellesskapsrettslige bestemmelser.

For det første må det i hver sak fastslås, ifølge Tizzano, at Tvisteløsningsorganet har funnet en uoverensstemmelse mellom Fellesskaps- og WTO-bestemmelser. Og for det annet må den rimelige tidsfrist som eventuelt er tilstått være utløpt, uten at fellesskapsreglene er brakt i overensstemmelse med WTO.¹²²

Tizzano anvendte faktum i saken på denne utviklede regelen og kom altså fram til at svaret Domstolen burde gi Raad van State var at fellesskapsbestemmelsene på bananimport var ugyldige.

EF-domstolen gjør spørsmålet fra den belgiske forvaltningsdomstolen, om vurderingen av forordningers gyldighet i lys av GATT 1994, betinget av at WTO-avtalene har direkte virkning der Tvisteløsningsorganet har avgjort, at den opprinnelige fellesskapsrettsakten og den påfølgende oppfyllelsen fra Fellesskapets side var i, strid med GATT 1994.

Domstolen tar utgangspunkt i tidligere rettspraksis gjennom å oppstille hovedregelen fra *Portugal*, om at WTO-avtaleverket ikke er direkte anvendelig for EF-domstolene.¹²³ Så stenger dommerne den mulighet som tilsynelatende, ifølge Generaladvokat Tizzano

¹²² Premiss 80.

¹²³ Premiss 39.

og en rekke juridiske forfattere,¹²⁴ ble åpnet i *Biret* for direkte virkning av Tvisteløsningsorganets avgjørelser. I dommens konklusjon sies det;

“...that an operator, in circumstances such as those in the main proceedings, cannot plead before a court of a Member State that Community legislation is incompatible with certain WTO rules, even if the DSB has stated that that legislation is incompatible with those rules.”¹²⁵

Dette rimer i utgangspunktet ikke så godt med Domstolens tidligere avgjørelse i *Biret* om at henstillinger fra Tvisteløsningsorganet skulle ha selvstendig betydning og ikke skulle vurderes i direkte forbindelse med WTOs manglende direkte virkning. Ut ifra en tolkning av *Biret* var det rimelig å anta at dommerne ville vurdere DSB-avgjørelser annerledes og anerkjenne de direkte virkning. I premiss 40 i *Van Parys* sies det derimot;

“*It is only* (min kursiv) where the Community has intended to implement a particular obligation assumed in the context of the WTO, or where the Community measure refers expressly to the precise provisions of the WTO agreements, that it is for the Court to review the legality of the Community measure in question in the light of the WTO rules...”.

Det er altså *kun* der unntakene, slik vi kjenner de fra *Fediol* og *Nakajima*, kommer til anvendelse at Domstolen vil tolke og anvende WTO-bestemmelser. Spørsmålet er om man skal ta Domstolen på ordet her og tolke utsagnet “*It is only*” strengt, slik at det ikke vil kunne tenkes andre tilfelle der WTO vil bli rettslig vurdert i EF-domstolen. Jeg mener man ikke kan lese dommen så strengt, og at det fortsatt vil være mulighet til erstatning hvor Tvisteløsningsorganets frist er utløpt. Jeg kommer tilbake til erstatningsspørsmålet i punkt 5.4.

¹²⁴ Se blant annet Alberto Alemanno i *Harvard International Law Journal*, 2004 s. 547-561 og Anne Thies i *CMLR Rev.* 2004, s. 1661-1682.

¹²⁵ Premiss 54.

Årsaken til at Domstolen faller ned på dette resultatet er fordi den mener at forhandlinger fortsatt er mulig også etter at Tvisteløsningsorganet har avgjort en sak. Domstolen uttaler i premiss 42: “..., the WTO dispute settlement system nevertheless accords considerable importance to negotiation between the parties...”. Synspunktet er det samme også etter at tidsfristen er utløpt.¹²⁶

Dommerne er særlig opptatt av å unngå å svekke Fellesskapets stilling i WTO- og handelssammenheng mot de viktigste medkontrahentene og ifølge Domstolen er det slik at:

“..., Article 22(8) of the Dispute Settlement Understanding provides that the dispute remains on the agenda of the DSB, pursuant to Article 21(6) of the understanding, until it is resolved, that is until the measure found to be inconsistent has been ‘removed’ or the parties reach a ‘mutually satisfactory solution’”.

Det følger etter en tolkning av Tvisteløsningsavtalen at det fortsatt vil være mulig, også etter at Tvisteløsningsorganet har fattet vedtak mot et medlem og den rimelige tidsfrist i artikkel 21(3) i DSU er utløpt, å fortsette forhandlinger.¹²⁷

Domstolens poeng er at det ville være utjenlig for Fellesskapet å benytte seg av muligheten til forhandling om endelige løsninger med andre WTO-medlemmer for å sikre egne interesser, der disse allerede var blitt fastsatt av EF-domstolen. Domstolen var ikke interessert i å svekke denne muligheten som også Fellesskapets viktigste medkontrahenter var i besittelse av.

Domstolen peker også i denne saken, som i *Portugal*, på at det ville føre til ulik anvendelse av WTO-bestemmelsene hvis det i Fellesskapet skulle være mulig for individer og medlemsstater å påberope seg avtalene, også etter at Tvisteløsningsorganet har truffet en avgjørelse, uten at det samme er mulig hos EUs viktigste handelspartnere i

¹²⁶ Jf. premissene 46 til 48 og 51.

¹²⁷ Premiss 42 og 51.

WTO, som ikke har gitt avtaleverket en slik status.¹²⁸ Og at dette ville frata lovgivende og utøvende makt i Fellesskapet muligheter som de samme organ hos medkontrahentene har; "...[this] would deprive the Community's legislative or executive bodies of the discretion which the equivalent bodies of the Community's commercial partners enjoy."¹²⁹

Ifølge Domstolen hører gjennomføring og realisering av vedtak fattet av Tvisteløsningsorganet fortsatt til på Tvisteløsningsorganets dagsorden inntil det er løst gjennom at EF-bestemmelser fjernes eller en gjensidig tilfredsstillende avtale er oppnådd.¹³⁰ Domstolen legger til at i tilfelle hvor enighet ikke oppnås med tanke på å få EU-regler i samsvar med WTO-avtalene, så skal tvisten avgjøres, etter artikkel 21(5) i overenskomsten, gjennom en henvisning til tvisteløsningsprosedyrene i tillegg til forhandlinger mellom partene. Domstolen ønsker altså ikke å hindre Fellesskapets organer de løsninger som disse tvisteløsningsmekanismene legger opp til.

Konkret blir det fra Domstolens side pekt på banansaken, som ligger til grunn i denne saken, hvor Fellesskapet fikk et vedtak av Tvisteløsningsorganet mot seg og ikke klarte å oppfylle kravene som ble stilt innenfor den tidsfrist som ble gitt. I saken ble det forhandlet fram en løsning med USA og Ecuador etter den frist som var gitt av Tvisteløsningsorganet, henholdsvis 11. og 30. april 2001. Domstolen mener den ville kunne stått i veien for denne forhandlingen hvis avgjørelsene fra Tvisteløsningsorganet var direkte anvendelige, gitt at en sak kom for Domstolen i perioden fra den rimelige tidsfrist var utløpt og fram til enighet ble oppnådd mellom Fellesskapet og motpart.¹³¹

På bakgrunn av dette fikk ikke Van Parys anledning til å påberope seg WTO-bestemmelsene i den nasjonale domstolen mot WTO-stridige fellesskapsbestemmelser, til tross for at uoverensstemmelsene mellom regelverkene var fastslått av Tvisteløsningsorganet og den rimelige tidsfrist var utløpt.

¹²⁸ Se premiss 53 i.f.: "Such lack of reciprocity, if admitted, would risk introducing an anomaly in the application of the WTO rules."

¹²⁹ Premiss 53.

¹³⁰ Premissene 42 til 46.

¹³¹ Premissene 48 til 52.

5.3.2.1 Kommentarer

Dommen innebærer at der Tvisteløsningsorganet har fattet en avgjørelse om at EF-bestemmelser er i uoverensstemmelse med bestemmelser i WTO, så har ikke Domstolen endret sitt syn i forhold til hvilken virkning WTO-retten har innad i EU. Det betyr også at Domstolens begrunnelse i *Biret* ikke var ment på et *Van Parys*-tilfelle og spørsmålet om annullasjon av fellesskapsbestemmelser.

Domstolen gir her Tvisteløsningsavtalen og avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet liten anerkjennelse. Tvisteløsningsorganet er avhengig av EF-domstolen for at dens avgjørelser skal bli effektive. Utgangspunktet er at Tvisteløsningsavtalen krever en gjennomføring av Tvisteløsningsorganets avgjørelser straks: “Prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members.”¹³²

Tolkningen Domstolen gjør, som i utgangspunktet er i strid med tvisteløsningssystemets formål om å fjerne regler som er i uoverensstemmelse med WTO-bestemmelser,¹³³ fratar Tvisteløsningsorganet en juridisk gjennomslagskraft og gjør at det gjenstår som et organ basert på diplomatiske løsninger.

Domstolen tolket artiklene 21(6) og 22(8) i Tvisteløsningsavtalen i favør av muligheten til forhandlinger selv i tilfelle der den rimelige tidsfrist er utløpt etter artikkel 21(3). Ifølge Giacomo Gattinara innebærer artiklene 22(8) og 21(6) at Tvisteløsningsorganet skal *overvåke* gjennomføringen av vedtatte rapporter.¹³⁴ Og som Gattinara påpeker,¹³⁵ blir ikke Tvisteløsningsorganet tatt skikkelig alvorlig i gjennomføringsfasen av vedtatte rapporter fra et panel eller Ankeorganet.

¹³² Se Tvisteløsningsavtalen artikkel 21.1. I samme retning er også artikkel 19.1.

¹³³ Premiss 43.

¹³⁴ Se Giacomo Gattinara, European banana importers and WTO dispute settlement decisions: is the door closed?, European Law Reporter, No 3 2005, s. 104.

¹³⁵ Ibid, s. 104.

Domstolens tolkning av Tvisteløsningsavtalen er etter min mening korrekt, men det kan settes spørsmålsteget ved om ikke den handlingsfriheten dommerne mener en part har etter utløpet av en tidsfrist strekkes noe langt.¹³⁶ Den reelle årsak til at forhandling fortsatt er mulig etter at en avgjørelse fra DSB har utløpt, kan være folkerettens mangel på tvangshåndhevelse. Ettersom Tvisteløsningsorganet ikke kan tvinge igjennom avgjørelsene sine, er det etter min mening naturlig at det finnes løsninger i Tvisteløsningsavtalen for de situasjoner hvor en tvist ikke er løst etter utløpet av tidsfristen og på denne måten oppstår “muligheten” EF-domstolen viser til.

For det første er det ikke tvil om at Fellesskapet har påtatt seg og brutt en plikt som i utgangspunktet skal etterleves og således snyter den kooperative likevekt WTO legger opp til. På den annen side har internasjonale handelsavtaler en politisk natur og spørsmålet om legalisering av multilaterale avtaler står på den ene side mot ønske om diplomatisk fleksibilitet på den andre.

Jeg vil forsøke å trekke fram to følger av Domstolens avgjørelse, som etter min mening gjenspeiler underliggende hensyn i vurderingen for og imot direkte virkning av tvisteløsningsavgjørelser.

Det første hensynet jeg vil trekke fram er i tråd med EF-domstolens syn og hvor følgen av direkte virkning ville være at Fellesskapet var mer bundet enn sine medkontrahenter. Et eksempel på det er hvis WTO var direkte anvendelig i EU, uten å være det i USA. Domstolen ville måttet fjerne fellesskapsbestemmelser som inneholdt et forbud mot hormonbehandlet kjøtt,¹³⁷ (eventuelle mottiltak USA førte mot produkter fra EU ville også opphøre). Det ville altså ikke foreligge et (politisk) alternativ til spørsmålet om hormonbehandlet kjøtt er et produkt man ønsker seg i Fellesskapet.

På den annen side ville USA hatt anledning til å opprettholde sitt (konstruerte) importforbud på vin som inneholdt mer enn 13%, i strid med avgjørelse fra

¹³⁶ Jf. premiss 51.

¹³⁷ På bakgrunn av at Fellesskapets bestemmelser ble funnet å være i strid med SPS-avtalen i *Hormones-saken*.

Twisteløsningsorganet, og til tross for mottiltak fra EU. Det ville altså være fritt for vin som inneholder mer enn 13% i USA, mens EU-borgerne fikk tilbud om “ekstra store” amerikanske biffer i frysedisken. Årsaken til dette er at USA ville kunne velge å betale den pris, gjennom å “godta” mottiltakene fra EU, som WTO-stridig politikk førte med seg. I punkt 5.5 vil jeg komme tilbake til systemet med gjengjeldelsestiltak i WTO-retten og hvem det er som skal betale prisen en WTO-uoverensstemmende politikk koster.

Det er viktig å understreke at utfallet av Domstolens avgjørelse, når den ikke vil vurdere gyldigheten av EF-bestemmelser i lys av WTO-avtalene, sikrer Fellesskapet en politisk valgfrihet i fundamentale spørsmål. (Dette er et reelt hensyn som det sjelden vises til i avgjørelsene fra Domstolen). I tillegg ville en mulighet til å påberope seg slike avgjørelser *også* være mulig for søksmål fra medkontrahenter i EU-medlemslandenes nasjonale domstoler, uten en tilsvarende søksmålsadgang for Fellesskapets borgere for handelspartneres nasjonale domstoler.

Hensynet mot å ikke anerkjenne tvisteløsningsavgjørelsene direkte virkning er konsekvensene det medfører. Varige WTO-uoverensstemmelser blir ofte møtt med mottiltak. På den ene side vil slike mottiltak være med på å øke handelsbarrierene, som igjen vil motvirke de positive effektene man ønsker å oppnå ved frihandel. På den annen side vil mottiltakene ofte ramme urettferdig fordi det ofte er tilfeldig valgte bedrifter som må bære kostnadene som en straffetoll innebærer.¹³⁸

Regelen som man ut ifra det ovenstående kan trekke er at avgjørelser fra Twisteløsningsorganet, også der hvor den rimelige tidsfrist er utløpt, ikke endrer WTO-avtaleverkets og heller ikke WTO-avgjørelsers status innad i Fellesskapet i forhold til Domstolens syn på sin egen kompetanse til å etterprøve gyldigheten av fellesskapsregler i lys av WTO-bestemmelser. Den domstolsskapte regel om WTO-rettens manglende direkte virkning vil også for framtiden gjelde i liknende tilfelle.

¹³⁸ Se mer om dette i punkt 5.5.

5.3.3 Er unntaket i *Nakajima* oppfylt i *Van Parys*

Van Parys hevdet at Fellesskapet hadde ment å påta seg en forpliktelse ved å endre bestemmelsene vedrørende bananimport, og at Domstolen på bakgrunn av dette måtte vurdere fellesskapsbestemmelsene i lys av WTO-avtalen.

Spørsmålet er om det var Fellesskapets intensjon, gjennom endringene i bananimportbestemmelsene, å komme i overensstemmelse med WTO-reglene slik de var fastlagt av Tvisteløsningsorganet.

Kravet for at unntaket skal være oppfylt er, som vi så under punkt 4.2, at Fellesskapet har villet oppfylle en særlig forpliktelse innenfor rammen av WTO-avtaleverket.

Van Parys hevdet at det i forbindelse med vedtakelsen av et nytt bananimportregime innenfor EU forelå flere indikasjoner som tydet på at Fellesskapet hadde ment å påta seg en forpliktelse. Først og fremst gjennom å endre bestemmelsene vedrørende bananimport hvor den nye bestemmelse, Forordning No 1637/98, skulle tre i kraft 1. januar 1999, som var samme dato hvis utløpt av den rimelige tidsfrist tilkjent Fellesskapet for å komme i overensstemmelse med avgjørelsen fra Tvisteløsningsorganet.

I den forbindelse hadde Fellesskapet, da saken verserte i WTOs tvisteløsningssystem, gjort det klart under anmodning av å få en rimelig tidsfrist at årsaken var: "... for the purpose of 'implementing all the recommendations and rulings' of the DSB."¹³⁹ Videre pekte Van Parys på at det i fortalen til Forordning No 1637/98 framgikk klart at Fellesskapets internasjonale forpliktelser skulle følges opp: "... the Community's international commitments under the [WTO] ... should be met".¹⁴⁰

Generaladvokaten var langt på vei av samme oppfatning hva gjaldt Fellesskapets intensjon om å få EU-bestemmelsene i overensstemmelse med WTO, slik de var tolket av Tvisteløsningsorganet: "... the aim of the Community legislature in amending the

¹³⁹ Se Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i saken, sak C-377/02, premiss 99.

¹⁴⁰ Premiss 100.

regime for the importation of bananas was precisely to bring that regime into conformity with the WTO-rules as interpreted in the DSB decision.”¹⁴¹

Generaladvokaten foreslo subsidiært at det var Fellesskapets intensjon å oppfylle en særlig forpliktelse da den endret Forordning No 404/93 på bakgrunn av Tvisteløsningsorganets avgjørelse i banansaken, så langt ikke det prinsipale forslaget blir tatt til følge.

Domstolen var ikke enig i dette og mente at de endringer som ble gjort i EFs bananregime i 1998, etter Tvisteløsningsorganets avgjørelse om at fellesskapsbestemmelser var i strid med WTO-retten, ikke innebar at Fellesskapet hadde ment å ta på seg en særlig forpliktelse i WTO-sammenheng jf. Nakajimadoktrinen.¹⁴²

Tolkningen av Nakajimadoktrinen er i saken direkte forbundet med den generelle vurderingen Domstolen gjør i spørsmålet om virkningen i fellesskapsretten av Tvisteløsningsorganets avgjørelse. Det pekes spesielt på at avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet fortsatt vil høre til på dens agenda inntil fellesskapsbestemmelser er fjernet eller at det oppnås en gjensidig tilfredsstillende avgjørelse, og det faktum at Fellesskapet fortsatte forhandlinger som resulterte i en avtale med USA og en avtale med Ecuador. Domstolen pekte på at et slikt resultat:

“... could be compromised if the Community Courts were entitled to judicially review the lawfulness of the Community measures in question in the light of the WTO rules upon the expiry of the time-limit. In January 1999, granted by the DSB within which to implement its decision of 25 September 1997.”¹⁴³

På bakgrunn av dette og at utløpet den rimelige tidsfrist ikke innebar at Fellesskapet hadde uttømt sine muligheter i tvisteløsningsavtalen, trakk Domstolen den konklusjon at Fellesskapets regelendringer ikke kunne tolkes dit hen at meningen var å påta seg en særskilt forpliktelse:

¹⁴¹ Premiss 102.

¹⁴² Premiss 40 og 41 i *Van Parys*.

¹⁴³ Premiss 50.

“... it, cannot be interpreted as measures intended to ensure the enforcement within the Community legal order of a particular obligation assumed in the context of the WTO.”¹⁴⁴

En henvisning i fortalen til en fellesskapsbestemmelse var i dette tilfelle ikke tilstrekkelig, og Domstolen mente altså at Fellesskapet ikke hadde ment å ta på seg noen forpliktelse, da den ikke fant holdepunkt for at Fellesskapet hadde ment å avskjære forhandlingene som senere oppsto i saken. I tillegg er ikke Domstolen interessert i å legge hindringer i veien for at Fellesskapet fortsatt skal kunne forhandle om den endelige løsning.

Kravet til Van Parys ble følgelig forkastet.

5.4 Konklusjon

For EF-domstolen mangler fortsatt WTO-retten juridisk gjennomslagskraft, også etter at Tvisteløsningsorganet i WTO har fattet vedtak og tidsfristen i DSU artikkel 21(3) er utløpt. Det har også vist seg, i forbindelse med analysen av *Van Parys*, at det skal mye til før EF-domstolen anser unntakene å være oppfylt.

Spørsmålet er om ethvert krav som bygger på WTO-avtaleverket, hvor ikke Nakajima- eller Fediolunntaket er oppfylt, nå er avskåret. Og at også erstatningskrav som en følge av Fellesskapets uoverensstemmelser i WTO ikke vil føre fram. Det tror jeg er en forhastet konklusjon da jeg mener det i hvert fall er to mulige måter å forstå Domstolens resonnementer i *Biret* på. Den ene, som nå er avskåret, var at avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet hadde direkte virkning etter at tidsfristen var utløpt. Et annullasjonskrav etter EF-traktaten artikkel 234 vil etter *Van Parys* ganske sikkert ikke vinne fram med grunnlag i WTO-rett.

¹⁴⁴ Premiss 52.

Den andre mulige forståelse av *Biret* er at det i et *erstatningssøksmål* mot Fellesskapet kan være mulig å vinne fram med avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet, hvor tidsfristen er utløpt.¹⁴⁵ Spørsmålet om private rettssubjekter kan kreve erstatning for de tap som måtte oppstå hvor en uoverensstemmelse med Tvisteløsningsorganets avgjørelser løper i tid utover en tilstått tidsfrist står derfor hittil ubesvart.

Erstatningssøksmål på bakgrunn av WTO-rett vil i så fall kunne være aktuelt i to tilfeller. For det første for dem som er “direkte” berørt, som en følge av at Fellesskapet har krenket rettigheter den private bedrift skulle hatt dersom WTO-avtalene var riktig gjennomført. Tilfelle to er de som er “indirekte” berørt av at Fellesskapet bryter med sine WTO-forpliktelser. Dette vil være den eller de private som mottiltak fra seirende part i en WTO-konflikt rammer. Disse vil ofte kunne bli rammet tilfeldig ettersom det ikke er noe krav om at mottiltak skal gjelde samme type vare som den som var årsak til konflikten. Jeg kommer tilbake til de “indirekte” berørte i punkt 5.5.

Et eksempel på tilfelle en, de som er “direkte” berørt, er en Unionsbedrift som importerer kjøtt fra USA. Jeg mener dette kan sammenlignes med en dom avsagt av Høyesterett i Norge.

Denne nylig avsatte dom, *Finnanger II* avsagt 28. november 2005, gjaldt et erstatningskrav mot Staten som en følge av å ikke å ha oppfylt en internasjonal forpliktelse på grunn av at et EØS-direktiv ikke var gjennomført riktig. Som en følge av dette og at direktiv ikke har direkte virkning i Norge ble en person økonomisk skadelidende. Det ble derfor reist erstatningssøksmål mot Staten på grunn av mangelfull gjennomføring av direktivet. Høyesterett fant at Staten hadde påtatt seg en forpliktelse i forbindelse med EØS-medlemskapet, som i dette tilfellet førte til en krenkelse av rettigheter privatpersonen skulle hatt dersom direktivet hadde vært riktig gjennomført, og tilkjente erstatning.

¹⁴⁵ I *Biret* var ikke Fellesskapets frist til å etterkomme avgjørelsen fra DSB utløpt, jf. ovenstående punkt 5.1.

Det er i hovedsak to måter for Domstolen å bygge et eventuelt erstatningsansvar på uten å avvike fra sin tidligere praksis.

Den første, som er lik Høyesteretts avgjørelse i *Finnanger II*, vil være å la individer påberope brudd på WTO-rett i erstatningssaker angående “rettsstridige EU-rettsakter” på grunn av at gjennomføringsperioden tilstått av Tvisteløsningsorganet er utløpt, samtidig som Domstolen er tilbakeholden med å gi Tvisteløsningsorganets avgjørelse virkning i forhold til annullering av EF-bestemmelser i tråd med opprettholdelsen av tidligere praksis og hensynet til “scope for manoeuvre”.

En annen måte for Domstolen å tilkjenne de økonomiske operatørene økonomisk kompensasjon, ville være å utvikle et prinsipp om erstatningsansvar for Fellesskapet for “rettmessige EU-rettsakter”, i den betydning at det ikke vil være mulig for individer å påberope seg brudd på WTO-retten, men der tapets karakter som er påført den enkelte krever en økonomisk kompensasjon ifølge Fellesskapets rettsstandard om beskyttelse av dens borgere.¹⁴⁶ Uansett hvilken vei som velges, og om erstatning vil bli aktuelt, så er Domstolen nødt til å avveie interessene og hensynene mellom på den ene side Fellesskapets handlingsfrihet, og på den annen, rettighetene for de økonomiske operatørene til utøvelsen av en fri handel.

Det er som jeg har framholdt ikke utenkbart at Domstolen hadde en erstatningssituasjon for øye da den kritiserte Førsteinstansdomstolen i *Biret*, og at den til tross for sine karakteristika av WTO-retten som en ren stat-stat avtale mener at det ville være urimelig å ramme økonomiske operatører innad i Fellesskapet og så senere ikke tilkjenne erstatning, i hvert fall i de tilfelle der Fellesskapets forhandlingsmuligheter er innsnevret som en følge av at den rimelige tidsfrist er utløpt. Det virker i tillegg urimelig at Fellesskapet har påtatt seg en forpliktelse som den ikke oppfyller og at dette igjen får virkning for rettighetene, herunder en sikker og forutsigbar hverdag, til de økonomiske operatørene i Fellesskapet.

¹⁴⁶ Se om dette Anne Thies i ”*Biret* and beyond: The status of WTO rulings in EC law” i CML Rev. 41, 2004, s. 1681 og 1682.

5.5 Erstatning på grunn av mottiltak i WTO-sammenheng

I sammenheng med Fellesskapets brudd på WTO-retten i Hormones-saken, har det oppstått en ny mulig erstatningsbetingende situasjon innad i Fellesskapet, med bakgrunn i mottiltak fra USAs side, autorisert av Tvisteløsningsorganet.

På grunn av Fellesskapets brudd på SPS-avtalen fikk USA og Canada godkjenning av Tvisteløsningsorganet til å ilegge straffetoll på produkter produsert i EU som eksporteres til USA.¹⁴⁷ Det ble fra USA sin side i den forbindelse opprettet en "lovkarusell" som tar for seg forskjellige europeiske produkter til ulik tid, og rammer alt fra Fellesskapets osteprodusenter til veskefabrikantene.¹⁴⁸ I slike gjengjeldelseshandlinger plukkes produsenter ut på et detaljnivå. Det vil si at mottiltakene ofte ikke rammer osteprodusenter og veskefabrikanter generelt, men heller flere enkeltfirma spesielt. Målet med dette er, foruten å gjenskape balanse i ytelsene, å legge press på Fellesskapets organer, gjennom dets tilhørende eksportører, til å endre sin politikk.

Dette viser at mange innen EU blir rammet av Fellesskapets politikk i WTO-sammenheng. De som rammes av mottiltakene som en følge av WTO-stridigheter blir det på en avledet og mer tilfeldig måte enn de som blir direkte berørt av at EF-bestemmelser er i strid med WTO. De som blir direkte berørt av at Fellesskapet opprettholder bestemmelser i strid med WTO-avtalene mister en fordel som WTO-avtaleverket innebar, som kjøttimportøren som nektes å ta inn biff fra USA. De vil imidlertid fortsatt være underlagt de samme reglene som resten av Fellesskapet. De som indirekte berøres av mottiltakene vil bli det mer vilkårlig (og urettferdig) ettersom de, i hvert fall som en følge av hormonsaken, er plassert i USAs lovkarusell eller ikke.

Spørsmålet er da om det er de tilfeldige utvalgte eksportørene i EU som skal betale den pris det koster å opprettholde Fellesskapets politikk, være seg av helsemessige eller andre årsaker.

¹⁴⁷ Se avgjørelse fra voldgiftsretten i *Hormonsaken*, WT/DS26/ARB, 12. juli 1999.

¹⁴⁸ Se Trade and Development Act of 2000 § 407(2), 19 U.S.C. § 2416(b)(2)(B) (2000). (The "Carousel Legislation Act").

Spørsmålet er henvist til EF-domstolen, og da også som et spørsmål om dette er i overensstemmelse med prinsippet som man kjenner fra en del EU-land om *égalité des charges*, altså et prinsipp om likhet/likebehandling i å bære offentlige utgifter. Forholdet har likhetstrekk med ekspropriasjon, ved at avståelse av eiendom også skjer til samfunnsmessig nytte. I norsk rett vil ofte den som ekspropriasjonen retter seg mot også bli tilkjent erstatning, blant annet ut ifra tanken om at hele samfunnet skal betale samfunnsnyten.

Domstolen vil i sin avgjørelse være stilt overfor å ivareta interessene til dem som rammes økonomisk uten samtidig å fjerne fellesskapsorganenes skjønnsmargin innenfor WTO.

6 Avslutning

Jeg har gjennom avhandlingen sett på WTO-retten og dens virkninger. Søkelyset har særlig vært rettet mot problemstillingen om WTO-avtaleverket har direkte virkning i Fellesskapet.

Det er i dag utvilsomt at WTO-avtalene ikke vil kunne vinne fram for EF-domstolen i sak om annullasjon eller med påstand om direkte virkning i sak om ugyldiggjøring av nasjonale bestemmelser. Det samme gjelder Tvisteløsningsorganets avgjørelser, også der hvor den rimelige tidsfrist er utløpt. Til tross for at multilaterale handelsavtaler kan ha presise og ubetingede bestemmelser er det lite trolig at Domstolen vil gi enkeltbestemmelser i en slik avtale direkte virkning. Det er ikke tvilsomt at en slik internasjonal avtale vil mangle direkte virkning i sin helhet. Mulighetene til å vinne fram med et søksmål på bakgrunn av WTO er ikke avhengig av om saksøker er en privat eller et medlemsland.

De eneste tilfellene hvor EF-domstolen vil vurdere en fellesskapsrettsakts lovlighet i medhold av bestemmelser i WTO er der Fellesskapet har villet oppfylle en særlig forpliktelse i WTO-avtaleverket, eller fellesskapsrettsakten uttrykkelig henviser til presise bestemmelser i WTO. I tillegg har Domstolen utviklet et verktøy for WTO-konform tolkning, som gjør seg gjeldende hvor en fellesskapsrettsakt er vag og åpner for mer enn en løsning. I disse tilfellene vil Domstolen ha anledning til å tolke EF-bestemmelsen i overensstemmelse med WTO-retten.

Domstolen har heller ikke tilkjent erstatning på bakgrunn av at fellesskapsrettsakter er WTO-stridige, så lenge den rimelige tidsfrist som er tilstått i saken ikke er utløpt. Imidlertid kan EF-domstolen i *Biret* etter min mening ha åpnet for at den i fremtidige saker, hvor tidsfristen er utløpt, kan være villig til å gi erstatning og det finnes saker som er på vei inn til EF-domstolene som reiser spørsmålet om de økonomiske

operatørenes eventuelle erstatningskrav for uoverensstemmelser med fellesskapsrett og utløpte avgjørelser fra Tvisteløsningsorganet.

Muligheten for å vinne fram i saker hvor fellesskapsretten står mot WTO-retten vil etter min mening kun la seg gjøre i erstatningssaker, ettersom Domstolen i *Van Parys* ikke ville prøve gyldigheten av en EF-rettsakt mot en utløpt avgjørelse fra Tvisteløsningsorganet.

Dersom EF-domstolens praksis ikke skulle endre seg og at den kun i unntakstilfellene, hvor Fellesskapet har ment å påta seg en forpliktelse i en internasjonal avtale eller EF-bestemmelsen uttrykkelig henviser til en presis regel i en tredjelandsavtale, vil vurdere rettsvirkningen av multilaterale handelsavtaler vil det medføre justeringer av det tradisjonelle maktforholdet på forfatingsnivå. Det vil bety at domstolenes rolle i multilaterale handelsavtaler vil være betinget av de politiske institusjonene, og da spesielt den utøvende makts anvendelse av de internasjonale avtalene.

7 Litteraturliste

Alemanno, Alberto, Harvard International Law Journal, 2004, s. 547-561

Araceli Mangas Martín, Diego J. Liñán Nogueras, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Cuarta Edición, 2004, Tecnos, ISBN 84-309-4190-8

Craig Paul & De Bùrca Gràinne, EU LAW, Text, cases and materials, Third Edition 2003, Oxford University Press, ISBN 0-19-924943-1

EU-Karnov 2001.

Gattinara, Giacomo, European banana importers and WTO dispute settlement decisions: is the door closed?, European Law Reporter, No 3, 2005, s. 101-107

Paulander, Henrik, Europarättslig tidskrift, 2000, s. 499-506

Peers, Steve, Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice, inntatt i De Bùrca Gràinne & Scott Joanne (Eds) i The EU and the WTO, Legal and Constitutional Issues, Oxford-Portland Oregon 2001, ISBN 1-84113-199-7

Romero, Alicia Cebada, se i boka til Mangas Martin

Rosas, A., Forhandlingerne ved det 37. nordiske Juristmøde, 2005, Bind I, s 319-345.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, Innføring i folkerett, 1998, Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3669-7

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten og Stemshaug, Helge, EØS-rett, 1995, Universitetsforlaget, ISBN 82-0022469-4

Thies, Anne, CMLR Rev. 41, 2004, s. 1661-1682

Trebilcock, Michael J. and Howse, Robert, The Regulation of International Trade, 3rd Edition, 2005.

Van Eeckhoutte, Dries, The Columbia Journal of European Law, 2001, s. 280-291

Zonnekeyn, Geert A., European Law Review, 2000, s. 293-302

8 Domstolsregister- kronologisk rekkefølge

EF-domstolen

C-26/62, Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie, sml. 1963 s. 105.

C-21-24/72, International Fruit m.fl. mot Rådet, sml 1971 s. 263.

C-9/73, Schlüter mot Hauptzollamt Lorrach, sml. 1973 s. 263.

C-181/73, Haegeman mot Belgia, sml. 1974 s. 449.

C-104/81, Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg, sml. 1982 s. 3641.

C-266/81, Società Italiana per l'Oleodotte Transalpino (SIOT) mot Ministero delle Finanze, sml. 1983 s. 731.

C-12/86, Demirel mot Stadt Schwäbisch Gmünd, sml. 1987 s. 3719.

C-70/87, Fediol mot Kommisjonen, sml. 1989 s. 1781.

C-69/89, Nakajima mot Rådet, sml. 1991 s. 2069

C-280/93, Tyskland mot Rådet, sml. 1994 s. 4973.

C-53/96, Hermès mot FHT, sml. 1998 s. 3603.

C-149/96, Portugal mot Rådet, sml. 1999 s. 8395.

C-162/96, Racke mot Hauptzollamt Mainz, sml. 1998 s. 3655.

C-93/02, Biret mot Rådet, [2003] ECR I-10497

C-377/02, Van Parys mot Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), ikke publisert enda.

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

9 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>